ANTONII BALLERINI

E SOCIETATE IESU

OPUS THEOLOGICUM MORALE

IN BUSEMBAUM MEDULLAM

ABSOLVIT ET EDIDIT

DOMINICUS PALMIERI

EX EADEM SOCIETATE

Volumen III.

TRACTATUM VIII CONTINENS

DE IUSTITIA ET IURE

PRATI

EX OFFICINA LIBRARIA GIACHETTI, FILII ET SOC.

1890

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST. MICHAEL'S
COLLEGE
LIBRARY
APR 16 1947
13693

ROGERIUS FREDDI

PRAEPOSITUS PROVINCIAE ROMANAE SOCIETATIS IESU.

Cum opus, cui titulus *Antonii Ballerini e S. I. opus theologicum morale etc.* a Dominico Palmieri nostrae Societatis Sacerdote edendum aliqui eiusdem societatis revisores, quibus id commissum fuit, recognoverint et in lucem edi posse probaverint; facultatem concedimus, ut typis mandetur, si ita iis, ad quos pertinet, videbitur.

In quorum fidem has litteras manu nostra subscriptas et sigillo Societatis nostrae munitas dedimus.

Romae in festo omnium sanctorum anno 1888.

(L. S.)

IMPRIMATUR

Can. Archid. Ioachim Gori, Vic. Gen.

TRACTATUS VIII.

DE IUSTITIA ET IURE

PARS I.

NOTIONES IUSTITIAE ET IURIS ET SPECIES IURIS IN RE

CAPUT I.

NOTIONES GENERALES IUSTITIAE ET IURIS

I. Iustitia, prout heic presse sumitur, ab Ulpiano definitur: constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuendi vel, ut explicat s. Thomas 2. 2. q. 58. art. 1., « est habitus, secundum quem aliquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit ».

Iuris autem nomine, quod ad praesens attinet, intelligitur vel id quod alteri debetur iustumque dici solet aut aequale, et sic est obiectum, quod iustitia intendit et cuique tribuit: vel accipitur pro titulo, quem iustitia respicit ex parte alterius, ut propter illum titulum velit suum cuique tribuere, et sic est potestas ad aliquid obtinendum aut agendum aut possidendum.

Quod vero dicitur, per iustitiam ius suum cuique tribui, ita accipiendum est, ut iustitia debeat esse ad alterum, cui iniuria fiat, si eiusdem iura violentur. Hinc neque hominis ad seipsum, neque inter patrem et filium, neque inter dominum et servum, qua tales, iustitia est. Vide s. Tom. 2. 2. q. 57. art. 1. et q. 58. art. 2.

1. Plures sunt nominis *iustitia* acceptiones. Accipitur 1° interdum pro collectione omnium virtutum, ut in illis Matth. V. 20.: *Nisi abundaverit iustitia vestra plusquam scribarum et pharisaeorum* etc. Cf. Hieronymum in illud eiusdem Matthaei I. 19.: *Ioseph autem vir eius cum esset iustus.* — Ratio porro est, quia iustitia dicit adaequationem cum debito; omnis autem virtus importat adaequationem cum praescripto rationis.

2° Pro *caritate* seu gratia sanctificante; *quae cum sit vinculum perfectionis* et *plenitudo legis,* iustitia dicitur, quatenus secum affert adaequationem cum lege.

3° Pro actu recto et iusto, uti Psalm. IV. 6. *Sacrificate sacrificium iustitiae* etc. et Matth. III. 15. *Sic decet nos implere omnem iustitiam.*

4° Pro quolibet habitu bono, uti Prov. VII. 20. *In viis iustitiae ambulo.*

5° Pro una ex virtutibus cardinalibus (et de hac sermo nobis est), quae scilicet inclinat ad reddendum unicuique ius suum ad aequalitatem.

Explanationem et exempla harum acceptionum vid. apud Valentia tom. 3. Disp. 5. q. 1. p. 1.

2. Iustitiae, ut virtus est cardinalis, exstat Aristotelis definitio lib. 5. *Ethic.* c. 5.: « Iustitia est, qua iustus dicitur iusti operator ex electione et distributor tam sibi ad alterum, quam alteri ad alterum. Cui consentit s. Augustinus *de Civ.* lib. 19. c. 21.: « Iustitia est virtus, quae sua cuique distribuit ». Item apud Nyssenum Orat. 4. *de Beatitudin.:* « Nonnulli, qui huiusmodi res scrutati sunt, asserunt, iustitiam esse habitum tribuentem unicuique id, quod aequum est et quo quisque dignus est ».

Pressius Iurisconsultus Ulpianus l. 10. Dig. *de Iust. et Iur.* iustitiam definit: « Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi ». Quam definitionem et Schola approbavit.

Voluntas, idest *actus* vel *habitus* voluntatis. Ut enim inquit s. Thomas 2. 2. q. 58. art. 1. ad 1. « est consuetum, quod apud Auctores habitus per actus definiantur ».

Constans et perpetua. Cur perpetua dicatur, declarat s. Thom. ibid. ad 3. « Voluntas potest dici perpetua dupliciter, uno modo ex parte actus... alio modo ex parte obiecti, quia scilicet aliquis vult perpetuo facere aliquid. Et hoc requiritur ad rationem iustitiae; scilicet « requiritur quod homo habeat voluntatem perpetuo et in omnibus iustitiam conservandi. » Quia vero perpetuitas non accipitur secundum durationem perpetuam actus: monet idem s. Doctor ad 4^{m}, quod non superflue additur *constans;* nam « sicut per hoc quod dicitur *perpetua* designatur, quod aliquis gerat in proposito perpetuo iustitiam conservandi: ita et per hoc quod dicitur *constans,* designatur, quod in hoc proposito firmiter perseveret ».

Tribuens unicuique suum, idest alteri personae. Et ratio huius est; quia hominem disponit ad ius suum ita cuique tribuendum, ut nemini faciat iniuriam. Nemo autem sibi iniuriam facit, sed alteri.

3. Ex eo proinde quod haec virtus tribuit cuique quod suum est, apparet quid sit proprium huius virtutis, quod declarat s. Thomas 2. 2. q. 57. art. 1.: « Iustitiae proprium est inter alias virtutes, ut ordinet hominem in his, quae *sunt ad alterum.* Importat enim *aequalitatem* quandam, ut ipsum nomen demonstrat; dicuntur enim vulgariter ea, quae adaequantur, *iustari (aggiustarsi):* aequalitas autem ad alterum est. Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in his, quae ei conveniunt *secundum se ipsum.* Sic ergo illud, quod est *rectum* in operibus aliarum virtutum, ad quod tendit intentio virtutis, quasi in proprium

obiectum, non accipitur nisi per comparationem ad agentem: *rectum* vero, quod est in opere iustitiae, etiam praeter comparationem ad agentem constituitur per comparationem *ad alium*. Illud enim in opere nostro dicitur esse *iustum*, quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri, puta, recompensatio mercedis debitae pro servitio impenso. Sic ergo iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat. Et propter hoc iustitiae, prae aliis virtutibus, determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. *Et hoc quidem est ius* ».

4. Quod autem in praemisso textu s. Thomas dicit de comparatione *ad se* quoad alias virtutes et de comparatione ad *alium* quoad iustitiam, supponit aliam doctrinam de *medio*, in quo virtus quaelibet consistit; quod quidem medium circa alias virtutes morales dicitur *medium rationis*, circa iustitiam vero dicitur *medium rei*.

Eam in rem s. Thomas 2. 2. q. 58. art. 10.: « Aliae virtutes *morales* principaliter consistunt circa passiones (ut temperantia et fortitudo), quarum rectificatio non attenditur, nisi secundum comparationem ad ipsum hominem, cuius sunt passiones, secundum scilicet quod irascitur et concupiscit, prout debet secundum circumstantias. Et ideo *medium* talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparationem ad ipsum virtuosum. Et propter hoc in ipsis est *medium* solum *secundum rationem quoad nos*. Sed materia iustitiae est externa operatio secundum quod ipsa vel res, cuius est usus, debitam proportionem habet ad aliam personam. Et ideo *medium iustitiae* consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem. Aequale autem est realiter *medium* inter maius et minus. Unde iustitia habet *medium rei* ».

Quomodo autem servetur ratio virtutis moralis quae in *medio* stat, sic subiicit idem s. Doctor ibid. ad 1.: « Hoc medium rei est etiam medium rationis (scil. determinatur recta ratione, quae postulat ut cuique suum detur) et ideo in iustitia salvatur ratio virtutis moralis ».

5. Placet rem exponere Becani verbis *de Iustit.* q. 4. nn. 2-4.: « Nota, aliud esse, virtutem esse medium quoddam inter duo extrema vitia: aliud vero virtutem efficere, ut homo teneat medium in suis actionibus. De hoc secundo hìc agimus ».

« *Prima Conclusio:* In eo conveniunt virtutes morales, nempe iustitia, temperantia, fortitudo, mansuetudo, quod constituant *medium* in affectu, in actionibus, in materia et circumstantiis... *Secunda conclusio:* In eo discrepant, quod iustitia constituit *medium rei*, aliae *medium rationis:* idest iustitia spectat potissimum aequalitatem rei ad rem, ut scilicet tantum det alteri, quantum illi debetur; aliae vero potissimum

BQT
1716
.B2

spectant qualitatem operantis, ut scilicet secundum dictamen rationis consideretur, quomodo huic vel alteri personae operanti conveniat. Hinc sequitur medium iustitiae esse semper idem, quia in iustitia semper debet servari aequalitas rei ad rem. At medium temperantiae et fortitudinis est variabile pro varietate operantium. Nam quod uni in sumendo cibo aut adeundo periculo est commensuratum et aequale, hoc alteri potest esse nimium vel parum ».

Ut iustitiae notio magis aperiatur, iuverit sequentes instituere quaestiones.

An iustitia locum habeat inter patrem et filium.

6. Controversum fuit, an inter patrem et filium intercedere queat aliquod debitum iustitiae. Alii negarunt, affirmarunt alii. Lug. *de Iust.* disp. 1. sect. 2. n. 3.

Ratio autem negandi peti potest ex natura *iustitiae*, quae debet esse *ad alterum.* Porro, ut ait s. Thomas 2. 2. q. 57. art. 4. ad 1.: « Ad iustitiam pertinet reddere ius suum unicuique, supposita tamen *diversitate unius ad alterum.* Si quis enim sibi det, quod sibi debetur, non proprie hoc vocatur *iustum.* Et quia quod est filii est patris et quod est servi est domini, ideo non est proprie iustitia patris ad filium, vel domini ad servum ».

Qui vero affirmant, utuntur distinctione, quam idem s. Thomas habet ibid. ad 2.: « Filius, in quantum filius, est aliquid patris et similiter servus, in quantum servus, est aliquid domini... Uterque tamen, prout consideratur ut quidam homo, est aliquid secundum se subsistens *ab aliis distinctum.* Et ideo inquantum uterque est homo, aliquo modo ad eos est iustitia. Et propter hoc etiam aliquae leges dantur de his, quae sunt patris ad filium vel domini ad servum. Sed in quantum uterque est aliquid alterius, secundum hoc deficit ibi perfecta ratio *iusti* vel *iuris* ».

Possunt itaque hae sententiae conciliari, si prima accipiatur de patre et filio, *qua tales sunt:* secunda vero de illis, prout sunt proximi ac duo homines. In primo sensu non intercedit relatio, quae fundet debitum iustitiae, sed *pietatis;* nam pater, ut pater, debet filium alere, gubernare, educare etc. et filius, ut filius, debet patri amorem, reverentiam, obedientiam, subsidium quoque, quando pater indigeat.

Haec autem neuter debet ex iustitia, qua tales sunt. Ceterum, prout duo homines sunt, etiam sibi invicem debent, ut alter alterius iura non laedat neque in honore neque in fortunis neque in vita et hoc est debitum iustitiae proprium.

7. Ergo 1° pater, qui non aluit filium, prouti tenebatur, non debet

restituere alimenta, sed alere in posterum. Et filius, qui non obedivit patri aut subsidium illi indigo non praebuit, non tenetur ei restituere.

2° Pater, qui filii famae detraxerit, peccat contra iustitiam et ad restitutionem tenetur; quia in hoc bonorum genere filius ius suum retinet contra patrem, non secus ac contra alios.

3° Filius, qui patri surripiat, peccat contra iustitiam et (nisi condonatio praesumatur) tenetur restituere. Itemque pater, si furetur aliquid a filio emancipato vel, si emancipatus non sit, ex illis bonis, quorum dominium et usus ad filium spectat, restituendi onus habet.

4° Filius, qui contumeliis patrem afficiat aut ipsum percutiat seu vulneret, peccat contra iustitiam simul et pietatem: contra iustitiam quidem; quia pater, uti homo, habet ius contra omnes homines atque adeo contra filium: contra pietatem vero; quia, uti pater est, amor et obsequium ipsi debitum exigunt, ne contumeliis afficiatur ac multo magis ne percutiatur etc. ab eo, in quem, velut in aliquid sui, peculiarem potestatem habet. Utraque proinde circumstantia est in confessione exprimenda. Ceterum filius ad reparandum illatum damnum non quidem ex debito pietatis, sed ex debito iustitiae teneretur.

5° Fere tamen non esset exprimenda circumstantia illa, si agatur de furto. Nam furtum regulariter non opponitur *graviter* virtuti pietatis seu debito illi, quod filius, ut filius, debet peculiariter patri, sicut opponitur contumelia aut percussio. Dixi *fere* et *regulariter;* nam si pater prohiberet *graviter* eiusmodi furta, adeo ut filius praevideret gravem patris offensionem et contristationem; tunc furta continerent gravem malitiam etiam contra reverentiam et amorem patri debitum. Lugo *de Iust.* disp. 1. nn. 31-34.

An sit iustitia inter dominum et servum.

8. Eadem controversia fit de domino erga servum et viceversa: adverte tamen sermonem esse de iis qui vere sint servi (schiavi) et domini, non de famulis et heris. At sicut in praecedenti dubio cum diversae sunt sententiae, tum et eadem est conciliandi ratio.

Nam si dominus et servus comparantur, prouti homines sunt, non est dubium, eos esse capaces iustitiae. Si vero considerantur, prouti sunt *dominus et servus,* non datur inter ipsos obligatio iustitiae saltem civilis, hoc est, quae respiciat ius politicum, de quo curant leges civiles et de cuius transgressione agitur in iudiciis; quod quidem ius civile non est inter dominum et servum, quippe dominus potestatem habet dominativam ad gubernandam familiam et ad imperandum servis independenter a iudicio forensi.

9. Prior pars evidens est; nam, si servo dominus detrahat aut falso

imponat crimen, peccat graviter contra iustitiam: item si servus ex voluntate domini habeat aliqua bona, non potest ea dominus absque iniustitia usurpare. Sic pacisci passim solebant domini et servi pro redemptione vel circa lucra; quae pacta uterque tenebatur ex iustitia servare.

10. Secunda autem pars patet. Nam servus, qua talis, est *aliquid* domini seu quoddam veluti ipsius instrumentum. Dominus itaque, ut talis, debet gubernare et alere servum, sed non est debitum iustitiae neque ad restitutionem obligatur, si v. gr. alimenta negavit. Pariter quanquam servus debeat domino suo id, ad quod ex emptione vel ex alio titulo dominus ius habet: tamen non habet eam iustitiae conditionem, quae alibi reperitur; neque enim obligatur servus ad restitutionem, neque, si hodie non obedivit nec laboravit, tenebitur cras aliquid pro hodierno labore restituendo praestare. Hoc autem inde est, quia servus, si perfectus servus est, nihil habet proprium, e quo possit restituere.

Secus erit, si servus habeat aliquid proprii; tenebitur enim restituere, non ut servus, sed quatenus homo ex parte liber: nisi forte excusetur, quod dominus laborem praecepit non ex debito iustitiae, sed ex dominio et obedientia.

Veruntamen contra iustitiam peccat servus, si fugiat; violat enim ius, quod habet dominus, utendi opera eius. Itemque si servus intelligatur ille, qui domino vendidit operam suam per totam vitam, hic profecto contra iustitiam peccat, si operam non praestet, sicut famulus aut operarius, qui fraudat operam ad tempus locatam. Excusari autem a restitutione poterit ex eo, quod forte nihil proprii possideat.

An sit iustitia inter virum et uxorem.

11. Principia generalia, quae s. Thomas praestituerat 2. 2. q. 57. a. 4., sic applicat ibid. viro et uxori: « Uxor autem, quamvis sit aliquid viri, quia comparatur ad eum sicut ad proprium corpus, ut patet per Apostolum Eph. V. 28., tamen magis distinguitur a viro, quam filius a patre, vel servus a domino; assumitur enim in *quandam socialem vitam matrimonii.* Et ideo... inter virum et uxorem plus est de ratione *iusti,* quam inter patrem et filium, vel dominum et servum; quia cum vir et uxor habeant immediatam relationem ad domesticam communitatem, ideo inter eos non est etiam simpliciter *politicum* iustum, sed magis iustum *oeconomicum.*

12. Exinde conclusio illa s. Thomae 2. 2. q. 58. art. 7. ad 3.: « Domestica multitudo distinguitur secundum tres coniugationes, scilicet uxoris et viri, patris et filii, domini et servi; quarum personarum una est quasi aliquid alterius. Et ideo ad huiusmodi personas non est simpliciter iustitia, sed quaedam iustitiae species, scil. oeconomica ».

13. Qua de re Valentia tom. 3. disp. 5. l. 2. punct. 2. discrimen virtutis, quae curat publicum bonum, ab ea, quae domesticum, sic assignat: « Commune bonum *familiae* sufficienter curatur per alias quaspiam tres virtutes simul, quae sunt quaedam iustitiae imperfectae, scilicet *per pietatem*, quae est inter patrem et filios et per *iustitiam aliqualem*, quae est inter virum et uxorem, quam vocant iustitiam *oeconomicam* et per aliam item iustitiam aliqualem, quae est inter dominum et servum; quae est etiam *suo modo oeconomica* ».

Patet autem in his considerari eiusmodi personas, quatenus *tali relatione affectas.*

14. Explicandum vero superest, quid illud ius sit, quod cuique reddi iustitia postulat et ex cuius explicatione petitur discrimen *iustitiae* presse sumptae ab aliis virtutibus iustitiae affinibus et quasi-speciebus iustitiae, quae ad *imperfectam* iustitiam revocantur.

15. Multiplici sensu nomen iuris usurpatum cernimus. Nam 1° significat quidquid quovis modo *bonum est et aequum*, ut ait Paulus Iurisconsultus l. 12. Dig. *de Iustitia et iure.*

2° Quidquid est legi cuicumque conforme, seu quidquid est legitimum: quo sensu dicit Isidorus *Etym.* lib. 5. c. 3. *legem* esse quandam speciem iuris. In quam rem s. Thom. 2. 2. q. 57. art. 1. ad 2.: « Illius operis iusti, quod ratio determinat, quaedam ratio praeexsistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula et hoc si in scriptum redigatur, vocatur *lex*. Est enim lex, secundum Isidorum, constitutio scripta. Et ideo lex non est ipsum *ius*, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris ».

3° Significat sententiam iudicis tum iustam tum iniustam, relatione facta ad id, quod eum facere convenit, ut ait Paulus Iurisconsultus, l. c. ex libr. XIV. ad Sabinum: hinc est *ius dicere.*

4° Pro loco usurpatur, ubi sententia dicitur seu in quo ius redditur; hinc illa *comparere in iure*. Vid. s. Thom. 2. 2. q. 57. art. 1. ad 1. (a).

(a) Sotus (lib. 3. q. 1. art. 1.): « Quod autem subdit (s. Thomas), ius quoque accipi pro tribunalis loco, ut dum reus dicitur in iure comparere, forte ex Paulo Iurisconsulto accepit, qui lege penult. ff. *de Iust. et Iur.* ait, ius accipi pro loco. Nescio tamen an apte dictum sit: nam quando quis dicitur in iure comparere, eodem modo videtur ius accipi, quo quando dicitur in ius vocari: in ius autem vocari, ut ait Iurisconsultus ff. *de In ius vocando*, est iuris experiundi gratia vocari, nempe ut actor rei nomen deferens, experiatur an ius sibi patrocinetur, ubi ius accipitur pro iure ipso vel pro lege ». Porro verba Pauli nulla obscuritate laborant inquit enim: « Alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit. Quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque Praetor, salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum, ius dicere consuevit, is locus recte ius appellatur ». Mirum autem videri debet, quod Sotus tam levi suspicione censorem se erigat Pauli, cuius verba instar oraculi in codicem legum referri meruere, quasi nesciret, qua de re ageret.

5° Aliquando significat *vinculum* seu necessitudinem aliquam vel cognationis vel affinitatis; ut inquit Iurisconsultus Martianus l. *Nonnumquam* Dig. *de Iustit. et Iure.*

6° Significat interdum idem *ac lex,* sc. dictamen prudentiae aut naturale aut in habente auctoritatem ad ferendas leges humanas, quod dictamen sit norma aequi ac iusti. Hoc sensu dividitur ab Ulpiano in ius naturale, gentium ac civile, l. *Iuri* tit. cit. Hinc communis divisio iuris, in *naturale, gentium, positivum, divinum, humanum, canonicum, civile,* quae respondet eidem divisioni legis et utraque divisio vel nomine solum differunt, vel cum dicis *ius,* dicis id quod est conforme legi (n. 2.). Quocirca cum has distinctiones legis dederimus in tr. *de Legibus,* opus non est ipsas heic rursus iterare.

7° Significat scientiam seu artem legum et iuris. Sic usurpavit Ulpianus l. c., ubi testimonio Celsi iurisconsulti confirmat, ius esse *artem boni et aequi.*

8° Significat moralem potestatem, ex ordine rationis promanantem, respectu aliorum, ad aliquid habendum vel faciendum (ad haec duo redit hominis capacitas) in commodum suum, nemine rationabiliter refragante. Huiusmodi moralis potestas irrefragabilis dividitur a iuris peritis in *ius ad rem,* quae alicui debetur et in *ius in re,* quam quis habet et a qua habenda a nemine impediri debet.

9° Denique significat idem ac *iustum* per aequalitatem quandam unius cum altero. Quam in rem ludit Soto lib. 3. q. 1. art. 1. inquiens: « Crediderim per apocopen, hoc est per amputationem syllabae in fine dictionis iustum dictum esse ius... Unde graece δίκαιον idem promiscue significat, quod iustum et ius (a). Quidquid porro sit de etymologica coniectura, hoc certe constat, ius penes Aristotelem (δίκαιον), ex eiusdem sententia, sic appellari propter aequalitatem rei cum re, quam aequalitatem dicit ipse veluti exsurgere inter duas partes cuiusdam rei bifariam divisae; quinimo ex bifaria hac partitione in aequales partes deducit originem seu etymon vocis *iuris* (τοῦ δικαίου). Sic enim ipse de hac re *Ethic.* lib. V. cap. VII.: Τὸ δὲ ἴσον μέσον ἐστὶν μείζονος καὶ ἐλάττονος, κατὰ τὴν ἀριθμητικὴν ἀναλογίαν· διὰ τοῦτο καὶ ὀνομάζεται δίκαιον, ὅτι δίχα ἐστίν· ὥσπερ ἄν τις εἴποι διχαιον, καὶ ὁ δικαστὴς, διχαστής. Est autem aequale medium rei maioris et minoris

---

(a) Nec feliciores sunt aliae, quas noverim, coniecturae. Si ludere semel licet: habita ratione usus veterum, qui scribebant *ious*, videretur hoc vocabulum speciem referre vocis semiticae, constantis ex nomine tetragrammato et rad. עזז *firmavit, roboravit;* unde significatio: *cui Iehovah robur addit: quod Iehovah confirmat,* aliis verbis: *vis Iehovae,* quae proprie convenit iuri, quod est *vis moralis, innixa rationi.* Hinc profecta alia vocabula apud latinos, *iustum, iustitia,* E.

arithmetica proportione; propterea (aequale) appellatur etiam δίκαιον (iustum): quia δίχα ἐστί (quia nempe bifariam est), perinde ac si quis dicat δίχαιον (bipartitum) et dicatur ὁ δικαστής (iudex) διχαστής (bipartitor).

Henricus Stephanus in thesauri sui indice notat vocem δίχαιος ὁ καὶ ἡ et addit « *bipartitus*, sed sine exemplo ». En exemplum in Aristotile prostat. Vocem autem διχαστής penitus ipse omittit.

16. Ex his omnibus duo postrema sunt, quae in rem nostram faciunt et de reliquis satis est ea indicasse ac meminisse quod s. Thomas de variis hisce significationibus pronunciat, scilicet 2. 2. q. 57. art. 1. ad 1. « Consuetum est, quod nomina a sua prima impositione detorqueantur ad alia significanda: sicut nomen *medicinae* impositum est primo ad significandum remedium, quod praestatur infirmo ad sanandum, deinde tractum est ad significandam artem, qua hoc fit. Sic etiam hoc nomen *ius* primo impositum est ad significandam ipsam rem iustam: postmodum autem est derivatum ad artem, qua cognoscitur quid sit iustum et ulterius ad significandum locum, in quo ius redditur, sicut dicitur aliquis comparere in iure. Et ulterius dicitur etiam ius, quod redditur ab eo, ad cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam id, quod decernit, sit iniquum ».

His itaque dimissis, binae sunt significationes (8. 9.), quarum altera *ius* exhibet ceu *iustitiae obiectum*, altera vero ceu titulum, quem iustitia respicit et quae idcirco sunt *correlativae*, ita ut apud aliquos nomen obtinuerint iuris *passivi* et iuris *activi;* priori formula significando quod debetur, posteriori autem rationem seu titulum debiti sive exigentiae.

Quatenus ego ius est obiectum iustitiae, definitur *iustum seu aequale*, quod alteri debetur; quatenus est titulus debiti, definitur *potestas seu facultas ad aliquid habendum vel faciendum etc.*

Scilicet quod iustum vel aequale est, debetur, sed debetur alicui, ei nempe qui habet ius (diritto) h. e. eam potestatem moralem, quam diximus. Illud est obiectum *formale quod* iustitiae, istud obiectum *formale cui*. Cf. Lessium l. 2. c. 2. n. 7. In definitione iuris, quae exhibet titulum debiti (n. 8.), dictum est: *in commodum suum;* nam hoc est proprium iuris, ut aliquid alicui addicat et eius esse faciat, ut ipse exinde emolumentum capiat, quod vult. Hinc discrimen a *iurisdictione*, quae, prout talis, est in commodum aliorum; quamvis, quatenus et ipsa bonum quoddam est eam habenti, obiectum iuris esse possit, non secus ac alia bona. Cetera in ea definitione clara sunt et conferri potest Taparelli *Saggio di Diritto naturale*.

17. In definitione tamen *iustitiae* (n. 2.) haud levis se offert difficultas in eo sita, quod in definienda iustitia aut non satis caveatur

vitium, quod circuli vitiosi nomine designatur, aut certe non satis declaretur essentia iustitiae prouti ab aliis virtutibus distinguitur. Etenim iustitia declaratur in ordine ad ius ceu ad suum obiectum; ipsum autem ius declaratur per ordinem ad iustitiam, dum dicitur esse *iustum*. Declaratur ergo ignotum per ignotum; non secus ac si diceres, obedientiam esse virtutem, quae inclinat ad reddendum quod superioribus debetur: scitanti autem quid debeatur superioribus, responderes: *obedientia*.

Dices, obiectum iustitiae esse *aequale;* id enim sonat *iustum*. At enim quid sibi vult *aequalitas* ista? scil. ut quis habeat seu recipiat tantum, quantum ipsi debetur. Atqui de quo *debito* sermo est? Nam quod quis habeat quod sibi debetur v. gr. ex obedientia, non est iustitia; item quod sibi debetur ex dulia, ex observantia, ex voto, ex fidelitate aut ex alia virtute, profecto non pertinet ad iustitiam. Dices ergo, te loqui de *debito iustitiae*, adeo ut obiectum iustitiae intelligatur ius, idest aequale inter debitum ex iustitia et id quod redditur. Atqui sic redit incommodum superius dictum, quod iustitia explicetur per iustitiam nec declaretur, per quid hoc debitum differat a debito aliarum virtutum.

18. Lessius lib. 2. c. 2. n. 1., quem plures fere sequuti sunt, dixit, peculiare esse iustitiae debitum, quippe cuius violatio *iniuriam* constituit. Atqui hoc perinde est ac si dicas, obedientiae debitum illud esse, cuius violatio constituit inobedientiam. Nam iniuria est violatio iuris, sicut iniustitia est violatio iustitiae. Et si ignotum sit, quale sit debitum iustitiae, ignotum pariter est, quaenam sit essentia iniuriae propria.

19. Sunt qui affirmant, debitum iustitiae differre a debitis aliarum virtutum ratione fundamenti, e quo oritur: cf. eundem Lessium ibid. c. 1. n. 5. Nam debitum iustitiae non fundatur in alterius superioritate, uti obedientiae debitum, nec in excellentia, ut debitum duliae, nec in fidelitate, ut debitum voti, nec in aliis titulis: sed in *dominio*, seu in *potestate legitima* circa aliquam rem vel circa usum eius. Atqui nondum res sic declaratur satis; nam dubium manet et obscuritas circa dominium *seu potestatem illam legitimam*. Et sane Superior habet legitimam potestatem circa actiones subditi, quas imperare potest neque tamen est earum dominus, nec habet ius iustitiae ad illas: secus qui non obedit, teneretur ad restitutionem. Restat ergo explicandum cuiusmodi sit legitima illa potestas, quam respicit iustitia et quomodo differat a titulis, quos respiciunt aliae virtutes.

20. Quidam putarunt rem explicandam ita, potestatem hanc esse *potestatem utendi re sine iniuria alterius*. Sic non peccat contra iustitiam, qui gallinam suam v. gr. manducat, licet forte peccet, si manducet die veneris; at id tamen praestat sine iniuria alterius: item qui ex voto tenetur dare eleemosynam, potest eam negare sine iniuria al-

terius: ita qui vovit abstinere a vino, potest sine alterius iniuria illud bibere. Veruntamen nec sic res satis declaratur. Nam explicanda est ratio *iniuriae*, sine qua dominus potest uti re sua; si enim ratio iniuriae non explicetur, adhuc obscurum est *ius* quod excludit alterius iniuriam. Nam et iniuria quaedam fit v. gr. superiori a non obediente etc.

21. Lugo ut rite explicet hoc ius, quid nempe sit *meum* ac *tuum* disp. 1. n. 5., putat dicendum, « hoc ius, quod ponitur in definitione iustitiae commutativae, reponendum esse in praelatione morali, qua quispiam aliis moraliter praefertur in usu talis rei, propter connexionem peculiarem, quam res habet cum eo, v. gr. sicut fera habet peculiarem connexionem cum eo, qui eam cepit: quae quidem connexio ad alium transit, si dominus det feram alteri, quatenus dominus moraliter in alterum transtulit eam connexionem, quam ipse moraliter cum ea habebat ratione capturae ». Explicandum tamen, « in quo consistat peculiaris ista connexio moralis et quomodo differat a quavis alia connexione, in qua forte fundetur debitum aliarum virtutum ». Nam « et superior ratione superioritatis suae videtur habere peculiarem connexionem cum operibus subditorum, ratione cuius connexionis praelatus debet praeferri aliis omnibus circa eiusmodi opera et subditus debet ea ponere praecipiente praelato et tamen praelatio illa non est ius iustitiae commutativae nec subditus peccat contra iustitiam, sed contra obedientiam, si non pareat ».

22. Ad dubium solvendum adverte cum Lugo, « non quamcumque praelationem in ordine ad aliquam rem esse ius illud, quod respicit iustitia commutativa, sed praelationem, qua *in usu* talis rei debet hic homo aliis praeferri; quia scilicet propter peculiarem connexionem, quam res habet cum eo, *tota debet ad eius utilitatem referri et ordinari:* quae quidem ordinatio potissimum indicatur, quando aliquid dicitur *meum* vel *tuum* ». Quae ratio est cur addiderimus in definitione iuris 15. 8. *in proprium commodum.*

Hoc discrimen clare apparet, « si v. gr. consideres *subditum* et *servum*. Servus enim est tuus, non secus ac tua sit vestis, domus, panis etc., quia totus refertur ad utilitatem tuam: scilic. potes servum et eius operam totam referre ad tuam utilitatem, sicut vestem et panem. Subditus vero utique debet tibi obedire; non tamen est tuus. Cur? quia eius obedientia sicut et ipsa praecepta non debent referri ad utilitatem praecipientis, sed ad bonum subditi, cum tota potestas gubernativa tendat ad bonum communitatis, quae gubernatur. Connexio ergo, quam superior habet cum operationibus subditi, non fundat debitum iustitiae commutativae; quia non fundat praelationem ad usum rei sc. ad utilitatem eius percipiendam, sed ad utilitatem subditorum procurandam:

quae praelatio respicitur ab obedientia, non autem a iustitia commutativa ». Ibid. n. 6.

23. Hinc patet, « cur non sit obiectum iustitiae commutativae ius illud, quod pater habet in filios. Nam licet praelatio patris oriatur ob connexionem, quae summa est ac physica, nempe ex generatione, qua illos produxit; productio autem sit titulus, qua res aliae omnes ratione productionis fiunt producentis; productio tamen patris non praebet ipsi ius, quo filios ad utilitatem propriam ordinet, sed solum ut eos possit ad eorumdem utilitatem ordinare ac regere; nam filius est quidem filius patris: non est tamen aliquid suum, sicut servus » (a).

Hoc vero oritur ex dignitate humanae naturae atque ex eius nobilitate, quae facit, ut in hoc differat ab aliis sive animatis irrationabilibus, sive inanimatis: quae utique ratione productionis fiunt producentis; patri vero productio solum dat ius, ut filium dirigat et gubernet (Quî factum sit, ut haec dignitas non impediat, quominus homo fiat aliquid alterius ac stricte *suum*, ut patet in domino qui ut *suum* habet servum, vid. Lugo disp. 1. n. 7.).

24. Obiici posset, non satis adhuc distingui, quid sit proprium illius iuris, quod iustitia respicit. Nam dicet aliquis, patris praelationem dare ius exigendi alimenta a filio, in quo non respicitur certe filii utilitas, sed utilitas patris. Habemus ergo debitum ordinatum totum in utilitatem habentis potestatem, neque tamen hoc est obiectum iustitiae commutativae atque adeo non tenetur filius alimenta restituere quae forte negaverit; quia scilicet non peccavit contra iustitiam, sed contra pietatem.

Sed responsio in promptu est. Scilicet non est ius in patre ad alimenta, sed ad praestanda alimenta filium urget obligatio ex debito gratitudinis strictissimae, qua tenetur patrem indigentem alere, ne sit ingratus et impius. Ergo filius non habet pro motivo utilitatem patris, ad quam ordinari ac referri filius debeat, sed debitum proprium: alit enim patrem, non ut reddat patri quod suum est, sed ne sit ingratus. Et hinc discrimen inter servum et filium; nam servus utique servit et totus est ordinatus ad utilitatem domini et haec utilitas est ultimus finis obsequii eius: filius vero pro ultimo fine habet implementum debiti proprii, quod est ex gratitudine.

(a) Hinc male Mazzotta tract. IV. *de Iust. et Iur.* disp. 1. q. 1. n. 2. postquam definivit ius pro facultate circa rem aliquam in proprium commodum ac subiecit dividi in ius late et improprie dictum et ius strictum et proprie dictum, *primum* dicit esse, quod non iustitia, sed aliae virtutes respiciunt et exempla addit: « tale est ius, quod parentes habent ad obedientiam filiorum et maiores ad obsequia minorum etc. ». Nam ius paternum et principis est in bonum ac commodum filiorum aut communitatis, non in suum illorum.

Et hoc extendi debet ad quodcumque obsequium, quod pater exigat a filio, quodque in patris utilitatem verti videtur. In his enim utilitas patris se habet materialiter; quod vero filius formaliter intendit, non est utilitas patris, sed obedire patri, a quo dirigitur in ordine ad bonum ipsius filii et ideo praecipitur a patre, non quia est bonum patris, sed quia bonum est filii: in quo differt a domino, qui praecipit servo, non quia id sit bonum servo, sed quia est bonum et utile sibi.

25. Instabis: Pater potest in gravi necessitate vendere filium non emancipatum; ergo potest illum convertere in utililatem suam; neque enim venditio est in bonum filii, sed solius patris.

Resp. Ius, quod habet pater in ea circumstantia ad filium vendendum, respicitur a iustitia commutativa: non tamen est *proprie dominium*, sed quasi dominium altum et eminens, quod etiam principi seu reipublicae inest in bona subditorum, quae in casu necessitatis possunt principes vendere ac distrahere.

Dixi non esse *dominium proprie dictum;* quia non potest princeps in eo casu v. gr. usurpare domum subditi et illa uti pro libito, sed solum ad levandam necessitatem: quae si cesset, antequam domus vendatur vel destruatur, domus ad dominum suum redit. Ius enim reipublicae in bona privatorum non est directum, sed indirectum: scil. ius habet *directum* prospiciendi publicae necessitati, *indirectum* vero, quatenus potest praestare ea, quae in hunc finem sunt necessaria et ideo potest vendere vel destruere domum subditi, si ad eum finem id necesse sit. Idem dicito de patre in casu.

Esto igitur, patrem aliquando habere ius in filium, quod sit obiectum iustitiae commutativae; at istud non est praecise ius, quod habet ad gubernandum filium; hoc enim ad solam filii utilitatem ordinatur, nec est verum ac proprie dictum dominium. Sed hoc ex his unice concludetur, ius paternum in casu necessitatis et connexionem, quae patrem inter et filium intercedit, patri tribuere ius, quod ad iustitiam commutativam pertinet, non vero concluditur, ius, quod est obiectum iustitiae, quidpiam habere commune atque adeo confundi ac non discriminari cum iure paterno communi: idque eodem prorsus modo, ac non eadem est ratio iuris ad gubernandam rempublicam cum iure iustitiae; licet respublica in casu necessitatis possit disponere de bonis subditorum.

Atque hic est casus, ut notat Lugo disp. 1. n. 10., in quo qui verum non habet dominium, transfert tamen dominium, dum scilicet vendit filium, aut respublica vendit domum subditi. Non sunt enim pater et respublica domini aut filii respective aut domus et tamen possunt uti aut filio aut domo in casu necessitatis et ad succurrendum eidem necessitati.

Huius rei exemplum adest et in eo, qui in extrema necessitate ver-

satur atque adeo usurpare sibi potest rem alienam. Ratione enim huius necessitatis non fit dominus absolutus rei alienae, sed solum ea potest uti vel potest eam distrahere, vendere etc. ad subveniendum necessitati suae: et tamen dum vendit aut distrahit, vere transfertur in alium dominium eius. Non inde tamen sequitur, rem ita *suam* fieri, ut dominus sit absolute. Sic v. gr. non potest retinere illam pecuniam servando sibi etiam cessante necessitate nec potest obtentu necessitatis hesternae hodie aliquid alienum sibi usurpare. Sed unice ad *subventionem praesentis necessitatis* licebat distrahere et transferre dominium rei quia haec translatio necessaria ipsi erat. Quod ius est etiam dominium quasi eminenter et causaliter et obiectum iustitiae commutativae et fundatur in connexione universali, quam omnes homines habent cum rebus omnibus inferioribus, quae ex se ordinantur ad utilitatem hominum in extrema eorum necessitate.

Quomodo autem dici possit connexio hominis cum aliis bonis, v. gr. cum fama, cum honore, cum spe penes alios etc. vid. Lugo disp. 1. n. 14.

De multiplici iustitiae specie.

II. Triplex distingui solet iustitia: nempe legalis, distributiva et commutativa.

Legalis, quae et generalis dicitur, propter commune bonum tribuit reipublicae seu communitati, quod ipsi debetur.

Distributiva dicitur, quae communia commoda vel onera distribuit inter partes communitatis.

Commutativa, quae et particularis, est quae alteri privato ad aequalitatem tribuit, quod etiam stricte debetur.

Quidam veluti quartam addunt iustitiam vindicativam, quae sontes pro meritis poenis punit; quam tamen alii vel ad legalem revocant, quatenus aut superior per id felicitati communi prospicit, aut privatus ex eodem affectu punitionem criminum optat aut petit: vel ad distributivam, quatenus criminum gravitati proportionatas poenas decernit: vel denique ad commutativam, quatenus ex officio iudex tenetur delicta punire, non secus ac custos furem arcere.

Iustitia tamen legalis et distributiva censeri non solent stricto iustitiae nomine. Et distributiva quidem a propria iustitiae ratione in eo deficit, quod non respiciat ius stricte sumptum ac propterea eiusdem laesio per se non inferat onus restitutionis. Legalis vero a iustitia proprie dicta in eo etiam discedit, quod non respiciat perfectam alteritatem; neque enim communitas a membris suis distinguitur et ideo haec iustitia non ita respicit commune bonum, ut a bono operantis praescindat. Idipsum porro dicendum est et de iniuria seu iniustitia, quae in iustitiae violatione consistit. Sola enim iustitiae commutativae laesio hoc nomine presse sumpto venit atque adeo haec sola restituendi onus inducit; licet distributiva quoque et legalis iustitia gravem imponant obligationem ac violatio earum inter peccata ex genere suo gravia censeatur.

26. Communissima est doctrina, quae iustitiam ita bifariam dividit, ut altera sit *generalis*, altera *particularis*. At quaenam notio iustitiae generalis, quae et legalis? S. Thomas 2. 2. q. 58. a. 5. rem hoc pacto

explicat. « Iustitia, sicut dictum est, ordinat hominem in comparatione ad alium. Quod quidem potest esse dupliciter: uno modo ad alium *singulariter* consideratum: alio modo ad alium in *communi*, secundum scilicet quod ille, qui servit alicui communitati, servit omnibus hominibus, qui sub communitate illa continentur. Ad utrumque ergo se habere potest iustitia secundum propriam rationem. Manifestum est autem, quod omnes, qui sub communitate aliqua continentur, comparantur ad communitatem sicut partes ad totum: pars autem id, quod est, totius est; unde et quodlibet bonum partis est ordinabile ad bonum totius. Secundum hoc ergo, bonum cuiuslibet virtutis sive ordinantis aliquem hominem ad seipsum, sive ordinantis ipsum ad aliquas alias personas singulares, est referibile ad bonum commune, ad quod ordinat iustitia. Et secundum hoc actus omnium virtutum possunt ad iustitiam pertinere, secundum quod ordinat hominem ad bonum commune. Et quantum ad hoc iustitia dicitur iustitia *generalis*. Et quia ad legem pertinet ordinare ad bonum commune, inde est quod talis iustitia praedicto modo generalis dicitur iustitia *legalis*; quia scilicet per eam homo concordat legi ordinanti actus omnium virtutum in bonum commune ». Lugo disp. 1. n. 62. sic de hac virtute: « Negari non potest, motivum boni communis sufficiens esse, ut possit ad illud propter se terminari aliquis actus honestus. Potest v. gr. aliquis leges servare vel in bello munus suum diligenter exsequi propter bonum reipublicae, cuius ipse est pars. Potest ergo esse aliqua virtus specialis, quae feratur ad illud motivum et haec non immerito appellatur *iustitia generalis*; quia licet *non sit communis per identitatem seu praedicationem*, est tamen generalis per causalitatem et influxum, quatenus ad illum finem (sc. *boni communis*) potest ordinare et imperare actus aliarum virtutum. Sicut ergo diximus dari virtutem specialem, quae dicitur *pietas*, qua filius fertur in bonum parentum, quia parentes sunt: ita potest dari virtus specialis, qua homo feratur in bonum reipublicae vel communitatis, cuius ipse est pars ».

27. Huc usque hoc tenemus: iustitiam *legalem* seu *generalem* ordinare bonum aliarum omnium virtutum ad bonum commune.

Ad bonum autem commune referri bonum aliarum virtutum non sic accipiendum est, quasi mere agatur de bono, quod in communitatem redundat ex eo, quod singuli privati virtutum omnium exercitio sint addicti; quo in casu bonum commune esset obiectum veluti *indirectum* (ac praeter intentionem) omnium virtutum, nec reipsa appareret, quomodo peccari expresse quis posset adversus hanc virtutem, nisi si quis diceret, privatos quosque, negligendo exercitium virtutum, reos esse etiam ob damnum, quod inde in rempublicam profluat. Sed reipsa commune bonum debet esse obiectum, ad quod virtus haec *tendat directe*

seu intentio illuc feratur, adeo ut voluntas reddendi communitati id, quod ipsi debetur, moveat ad alios actus per se honestos seu actus aliarum virtutum. Hinc discrimen, quod s. Thomas alibi 2. 2. q. 58. a. 7. ad 1. assignat inter duas virtutes, iustitiam scilicet *generalem* et *particularem:* « Iustitia *legalis* sufficienter quidem ordinat hominem in his quae sunt ad alterum, quantum quidem ad commune bonum *immediate:* quantum autem ad bonum unius singularis personae, *mediate* ».

Proinde subdit ibid. ad 2. *generalem* a *particulari* iustitia specie differre: « Bonum commune civitatis et bonum singulare unius personae non differunt solum secundum multum et paucum, sed secundum formalem differentiam. Alia est ratio boni communis et boni singularis, sicut alia est ratio totius et partis. Et ideo Philos... dicit, non bene eos dicere, qui dicunt civitatem et domum et alia huiusmodi differre solum multitudine et paucitate et non specie ».

28. Ut tamen magis constet de huius virtutis indole, tum vero quo sensu dicatur *generalis* et quo sensu eadem dicatur ad bonum commune referre bonum seu actus aliarum virtutum, sequentia advertenda erunt.

Ac primo quidem non ideo dicitur generalis, quod sit veluti complexus aliarum virtutum, adeo ut *per essentiam* sit idem cum aliis virtutibus. Hac de re ita s. Thomas 2. 2. q. 58. a. 6.: « Generale dicitur aliquid dupliciter. Uno modo per praedicationem, sicut animal est generale ad hominem et equum et alia huiusmodi. Et hoc modo generale oportet, quod sit idem essentialiter cum his, ad quae est generale; quia genus pertinet ad essentiam speciei et cadit in definitione eius. Alio modo dicitur aliquid generale secundum virtutem: sicut causa universalis est generalis ad omnes suos effectus, ut sol ad omnia corpora quae illuminantur vel immutantur per virtutem ipsius. Et hoc modo generale non oportet, quod sit idem in essentia cum his, ad quae est generale; quia non est eadem essentia causae et effectus. Hoc autem modo secundum praedicta iustitia *legalis* dicitur esse *virtus generalis,* inquantum scilicet ordinat actus aliarum virtutum ad finem suum ».

29. Ergo non recte hanc virtutem explicarunt ii, qui affirmabant, iustitiam legalem non esse specialem quandam virtutem, « sed esse plane quamcumque virtutem, prouti operatur propter bonum commune »; ad quod paradoxum suendum addebant, ad essentiam cuiusque virtutis pertinere, ut debeat operari propter commune bonum. Nam aliud est, quod virtus possit ordinari ad commune bonum uti v. gr. fortitudo vel prudentia, aliud est quod dirigi ad commune bonum ita sit cuilibet virtuti essentiale, ut deficere a sua rectitudine videatur, si desit circumstantia ista, scil. finis tendentis ad commune bonum.

30. Dicendum est itaque, iustitiam *legalem dici generalem,* relate ad

virtutes non *formaliter*, sed *materialiter*, videlicet non quatenus ratio atque essentia huius virtutis confundatur atque unum idemque sit cum forma seu essentia aliarum virtutum, sed quia actus aliarum virtutum ipsa assumit veluti materiam dumque eos dirigit in finem sibi proprium, ipsos sua veluti essentia informat, quin tamen earum virtutum formam perimat. Ut res aliquo exemplo illustretur, caritas proximi v. gr. in finem suum, ex amore scilicet bene velle et facere, assumit actus, qui sunt aliarum virtutum, eleemosynam, quae ad virtutem pertinet liberalitatis, fortitudinem, ut proximum tueatur a periculo, prudentiam, ut consiliis adiuvet etc. Et non dissimili exemplo utitur s. Thomas, cum ad rem illustrandam, iustitiam legalem sic comparat cum caritate in Deum 2. 2. q. 58. art. 6.: « Sicut caritas potest dici virtus generalis, inquantum ordinat actus omnium virtutum ad bonum divinum: ita etiam iustitia legalis, inquantum ordinat actus omnium virtutum ad bonum commune. Sicut ergo caritas, quae respicit bonum divinum ut proprium obiectum, est quaedam specialis virtus secundam suam essentiam, ita etiam iustitia legalis est quaedam specialis virtus secundum suam essentiam, secundum quod respicit commune bonum, ut proprium obiectum ».

31. Verum exemplum, quod magis rem nostram declaret, habemus in virtute obedientiae, praesertim si obedientia non mere illa consideretur, quae a nutu vivae vocis superioris pendet, sed quae protenditur ad regularum cuiuspiam Ordinis observationem. Etenim materia, quam vel regulae praescribunt, vel vox superioris indicit, pertinet sane ad exercitium alicuius virtutis, etiamsi praescindas ab honestate obedientiae. Itaque verissime dici potest ac debet, obedientiam versari in materia aliarum virtutum omnium, licet virtus sit per se specialis ac in actibus aliarum virtutum versetur quatenus sub praeceptum (obediendi) cadunt.

Pari modo iustitia legalis eatenus dicitur virtus generalis, quatenus versatur in omni omnino materia omnium virtutum moralium, illarum actus dirigens ad commune bonum. Nam et leges reipublicae praescribunt in omni genere virtutum ea, quae ad publicum bonum conducunt ac propterea iustitia legalis, quae legibus est conformis, hominem perficit, ut iuste et recte se gerat erga rempublicam in omni genere moralium virtutum.

Qua de re Aristoteles *Ethic.* lib. 5. cap. 3.: « Lex et viri fortis muneribus fungi iubet, ut locum atque ordinem in acie tenere neque fugere neque arma abiicere et temperantis, ut non adulterari nec cuiquam stuprum inferre et lenis ac mansueti, ut neminem verberare neque cuiquam maledicere itemque in ceteris virtutibus ac vitiis partim iubendo partim vetando etc. », ubi monet tamen, iustitiam adesse, ubi haec ad alterum referuntur.

32. Actus ergo iustitiae legalis est recte operari in materia cuiuspiam virtutis propter illud bonum communitatis, quod *per se primo* conducibile est communitati, spectata ipsius communitatis ratione, quicquid sit de commodo aut detrimento privato ipsius operantis, non autem propter bonum illud communitatis, quod ad communitatem ipsam profluit ex privato commodo.

33. Et ex his dignosci potest, quodnam sit huiusce virtutis obiectum. Quidam contenderunt, obiectum hoc esse ius illud eminens et *altum,* quod vocant, quod inest reipublicae circa bona privatorum, ut possit illis uti quandoque in certis quibusdam adiunctis in ordine ad bonum commune. Alii dixerunt, obiectum huius virtutis coincidere cum obiecto pietatis; quandoquidem pietas, quae inclinat ad colendos ac iuvandos parentes, inclinet etiam ad colendam ac iuvandam patriam, a qua geniti sumus vel a qua conservamur.

At planum est, distingui obiectum pietatis ab praesenti. Nam alius est respectus filii ad patrem, a quo adaequate distinguitur, ut ad principium; alius vero est ad rempublicam, ad quam comparatur uti membrum ad caput.

Dicendum est igitur, quod sicut filius patri praestat quaedam officia, quae praestat et aliis, sed ex speciali affectu ac diverso, nempe propter coniunctionem, quam habet cum patre tanquam cum suo principio: ita potest eadem officia praestare reipublicae propter illam peculiarem coniunctionem, quam habet cum ea ceu pars cum corpore: et sicut delictum habet peculiarem turpitudinem ex eo, quod fiat contra patrem, ita ex eo quod fiat contra rempublicam, quam peculiari titulo tenetur iuvare ac defendere.

Ex suo autem obiecto facile ab aliis distinguitur. A pietate, quia respicit bonum commune illius communitatis, cuius est membrum et pars ille, qui operatur, quod non habet pietas: ab obedientia, quia haec formaliter inclinat ad honestatem obediendi superioribus: iustitia autem legalis non attendit ad honestatem obediendi, sed ad procurandum commune bonum totius reipublicae.

34. Cum ad commune bonum agere possint tum princeps tum privatus quisque, quidam dubitarunt, an una eademque esset virtus, qua muneri suo uterque satisfacit.

Id autem facile affirmandum videtur; nam uterque movetur ad iuvandam rempublicam, cuius est pars, ex affectu communis boni, licet princeps sit pars nobilior. Ea de re s. Thomas 2. 2. q. 58. a. 6. « Iustitia legalis est quaedam specialis virtus secundum suam essentiam, secundum quod respicit commune bonum, ut proprium obiectum. Et sic est in principe principaliter et quasi architectonice (quia scil. ipse modum

praescribit iuvandi rempublicam): in subditis autem secundario et quasi administrative ».

Illud tamen addendum, principem, si ex quodam saltem implicito pacto sit veluti minister reipublicae, eum teneri ad bonum hoc procurandum etiam ex iustitia commutativa.

35. Estne iustitia haec legalis vere proprieque dicta iustitia, an solum secundum quid, velut inter patrem ac filios, dominum et servum?

Resp. Si intrinsecus res spectetur, nulla est dubitandi ratio, esse iustitiam tantum *secundum quid* et si qui ambigere visi sunt, ad id moti sunt ob nonnulla obscura verba doctorum, vel Aristotelis. Et sane ex omnium communi consensu iustitia proprie dicta non est nisi inter ea, quae ita sunt invicem distincta, ut unum non sit aliquid alterius; inter haec enim solum et non inter alia potest esse simpliciter et proprie aequale et aequatio. Sed civis et communitas non ita inter se distinguuntur; quia civis, quamdiu civis manet, est vere pars communitatis ac proinde quod confertur in communitatem, confertur etiam in eumdem civem: unde fit, ut curans bonum communitatis curet suum ipsius bonum.

Neque obstare debet, quod non sit pars *naturaliter*, ac possit ab ea discedere. Nam etiam servus non est pars domini naturaliter et discedere ab eo vel per emancipationem vel per venditionem potest.

Neque ideo censendum est, quidpiam praestantiae deperire huic virtuti. Nam etiam religio et pietas non sunt iustitiae proprie dictae; tamen virtutes nobiliores prae simplici iustitia censentur.

36. Iustitia *distributiva* proprie et formaliter *residet in superiore;* quia distribuere bona communia pertinet ad eum, qui publicam habet potestatem.

Hinc est, quod aiunt, *distributivam* ordinare rempublicam ad subditos, quomodo *legalis* ordinat subditos ad rempublicam et *commutativa* ordinat privatum ad privatum.

Quomodo distributiva possit esse et in subditis, sic disserit s. Thomas 2. 2. q. 61. art. 1. ad 3.: « Actus distributionis, qui est communium bonorum, pertinet solum ad praesidentem communibus bonis. Sed tamen iustitia distributiva est etiam in subditis, quibus distribuitur, inquantum scilicet sunt contenti iusta distributione ».

37. Obiectum proprium iustitiae *distributivae* est distributio, quae fit communium bonorum vel onerum communium inter partes communitatis, *pro maiori vel minori cuiusque proportione.*

De hac re s. Thom., 2. 2. q. 61. art. 2.: « In iustitia distributiva non accipitur medium secundum aequalitatem rei ad rem, sed secundum proportionem rerum ad personas; ut scilicet sicut una persona excedit

aliam, ita etiam res, quae datur uni personae, excedat rem, quae datur alii. Et ideo dicit Philosophus, quod tale medium est secundum geometricam proportionalitatem, in qua attenditur aequale non secundum quantitatem, sed secundum proportionem ».

Ratio est, ibid. s. Thom.: « In iustitia distributiva datur aliquid alicui personae privatae, inquantum id, quod est totius, est debitum parti. Quod quidem tanto maius est, quanto ipsa pars maiorem principalitatem habet in toto. Et ideo in distributiva iustitia tanto plus alicui de bonis communibus datur, quanto illa persona maiorem habet principalitatem in communitate ».

38. Valde attendendum est discrimen, quod s. Thom. assignat inter *distributivam* et *commutativam*. Est autem eiusmodi, 2. 2. q. 61. art. 1. ad 5.: « Iustitia distributiva et commutativa non solum distinguuntur secundum unum et multa (quia scilicet *commutativa* dat *uni*, *distributiva* tribuit *pluribus*), sed secundum diversam debiti rationem. Alio enim modo debetur alicui id quod est commune et alio modo id quod est proprium ».

Videlicet aequalitas, quam iustitia commutativa respicit, est aequalitas cum iure dominii formalis vel aequivalentis, quod quisque habet in rem suam: aequalitas vero distributivae, non est cum hoc iure rigoroso, sed cum iure minus stricto, scilicet cum dignitate, quam quisque habet ad bona communia, quod est ius valde diversum atque adeo respicitur a virtute diversa.

39. Advertendum tamen, interdum quasdam esse distributiones in quibus locum suum habet tum iustitia *commutativa* tum *distributiva*. Distributiva quidem; quia bona distribuuntur secundum aequalitatem seu proportionem geometricam, quae est eius propria: commutativa vero, quia ius strictum residet in recipientibus ad bona illa sic distributa. Ita v. gr. si Collegio Canonicorum relinquatur summa pecuniae distribuenda secundum dignitatem singulorum.

Ceterum licet heic sit aliqua figura seu species distributionis, tamen non tam est vere distributio, quam solutio; adeo ut peccare videatur, qui violet, SOLUM *contra commutativam*. Et reipsa distributiva iustitia videtur proprie locum habere *solum in superiore*, qui habeat administrationem bonorum communium; ad quem spectat dare et applicare singulis ita, ut per eam distributionem et applicationem detur, *quod antea non erat sub eorum dominium* et ad quod non habebant ius strictum. At in casu distributor non est superior habens administrationem, sed est veluti oeconomus, cuius est colligere bona communia seu reditus et postea non tam distribuere quam solvere singulis id, ad quod strictum ius habent. Unde si non solvatur secundum debitam mensuram, remanet obligatio restituendi, quia *carent re sua:* quae obligatio non ma-

neret, si peccatum fuisset solum contra iustitiam distributivam. Exemplum famuli, qui centum denarios debeat distribuere v. gr. quinque personis pro earum aetate.

Huc facit illud quod s. Thom. 2. 2. q. 62. art. 1. ad 3. obiecerat sibi: « Restitutio est quasi quaedam recompensatio eius, quod subtractum est. Sed aliquid potest homini subtrahi non solum in commutatione, sed etiam in distributione, puta cum aliquis distribuens minus dat alicui, quam debet habere. Ergo restitutio non magis est actus commutativae iustitiae, quam distributivae ». Resp. ad 3.: « Recompensatio, quam facit distribuens ei, cui dedit minus quam debuit, fit per comparationem rei ad rem: ut quanto minus habuit, tanto plus ei detur et ideo iam pertinet ad iustitiam commutativam ».

40. Cum ius, quod iustitia distributiva respicit, non sit *proprium* ac *rigorosum*, si comparetur cum *iure*, quod est proprium iustitiae *commutativae;* hinc iastitia distributiva cum commutativa comparanda multum deficit a rigore et proprietate iustitiae, licet sit nomen iustitiae utrique commune.

Huc facit, quod s. Thom. 2. 2. q. 61. art. 1. sibi sic obiicit 2. 2. « Iustitiae actus est reddere unicuique quod suum est. Sed in distributione non redditur alicui quod suum erat, sed de novo appropiatur sibi id quod erat commune. Ergo hoc ad iustitiam non pertinet ».

Et respondet: « Dicendum, quod sicut pars et totum quodammodo sunt idem (et hinc deficit, uti patet, alteritas), ita quod est totius est *quodammodo* partis. Et ita cum ex bonis communibus aliquid in singulos distribuitur, quilibet *aliquo modo* recipit, quod suum est ». Ubi s. Thom. a proprietate discedere plane ostendit hanc iustitiam.

41. Ex dictis apparet, huius iustitiae laesionem non obligare ad restitutionem: uti communissime tradunt Doctores. Ratio est, quia non supponit ius strictum et proprium, sed minus proprium: nec per eius violationem quisque privatur re sua, sicut nec per violationem obedientiae et caritatis. Obligatio restitutionis tunc adest, quando ablatum est alienum: ablatio autem est illarum rerum, quae sunt vere illius, a quo auferuntur et per consequens supponit ius proprie dictum ac strictum. Ita Lugo disp. 1. n. 52. « Violatio obligationis ortae ex obedientia vel ex caritate non exigit restitutionem; quia transacta illa occasione non perseverat motivum, quod talis virtus respiciebat, v. gr. sublevandi tunc pauperem vel audiendi illam concionem. Contra honestas iustitiae commutativae, ne scil. alius re sua careat, perseverat etiam post factum furtum. Idem dicito quoad iustitiam distributivam. Nam restitutio ex bonis communibus fieri non potest, nisi auferendo quae data sunt minus digno, et hoc foret contra *commutativam,* quia iste ius acquisivit. Si vero re-

stituas ex bonis tuis privatis, id non reparat inaequalem distributionem bonorum communium.

42. Est tamen, quando distributivae iustitiae accedat onus restituendi ex eo quod simul violetur commutativa.

Potest id v. gr. contingere, quando ille, ad quem spectat conferre beneficia vel distribuere officia publica, proponat concursum et obliget se ad dandum beneficium vel officium digniori e concurrentibus. Peccaret enim etiam contra *pactum* praecedens.

Ita qui conferret beneficia indignis, dignis omissis, peccaret contra iustitiam commutativam *propter pactum implicitum*, quo se obligavit reipublicae ad procurandum eius bonum et teneretur ad restitutionem reipublicae quoad damna inde sequuta: ideoque et singulis civibus damnum passis... Reditus sane, ait s. Thomas 2. 2. q. 62. a. 7., quos (principes) habent, sunt quasi stipendia ad hoc instituta, ut iustitiam conservent ».

43. Quod autem pertinet ad distributionem onerum suae sunt partes tum *distributivae*, tum *commutativae*.

Quod enim eo pertinet, ut a subdito non exigatur maius onus, pertinet ad commutativam; quia subditus habet ius strictum, ne ab eo plus oneris exigatur, quam eius conditio ferre possit ac ferre debeat.

Quod autem pertinet ad determinandum id, quod secundum singulorum vires et reipublicae necessitatem quisque tribuere debeat, magis pertinet ad distributivam.

Quanquam non videtur hic superior partecipare nomen iustitiae in ordine ad suum actum. Nam utique heic respicitur ad aequalitatem, respicitur etiam debitum: verum non est debitum, quod respublica solvat subditis, sed viceversa est debitum fundatum in titulo, quem habet respublica ad exigendum a subditis.

44. Iustitiae distributivae opponitur vitium, quod dicitur *acceptio personarum*, de qua s. Thom. 2. 2. q. 63.

Personarum acceptio in eo consistit, quod in distributione bonorum communium non attendatur ad eam conditionem personae, quae eam facit dignam bono, quod per talem distributionem confertur, sed aliquid aliud. Sic v. gr. si doctoratus conferatur alicui, non quia doctus sit, sed quia dives, quia nobilis, quia sanguine coniunctus. Tunc est acceptio personarum; quia bonum tribuitur personae ut *persona haec* est, non quia digna est: etenim attenduntur eae conditiones personae, quae nihil pertinent ad eum dignum faciendum bono illo, quod confertur et propterea dicitur accipi persona (a).

(a) Locutio est scripturalis et hebraice proprie est *intueri faciem alicuius*, perinde ac si quis non merita aut dignitatem alterius consideret, sed quod apparet, quod placet; ita et gr. πρόσωπον (λαμβανεῖν πρόσωπον) est *facies, vultus* proprie. E.

Hinc patet, quomodo hoc vitium opponatur iustitiae distributivae. Huius enim munus est distribuere bona communia secundum dignitatem personarum et huic contrarium est accipere personam.

Notandum vero, quod pro diversitate bonorum una eademque personae conditio modo adducat acceptionem personae, modo non. Sic v. gr. si attendatur consanguinitas, erit acceptio personae, cum agatur de officio vel beneficio; non erit, si agatur de hereditate.

45. Acceptionem autem personarum esse peccatum patet tum ex ss. Litteris Deut. I. 17. *Nulla erit distantia personarum... neque accipietis cuiusquam personam.* Eccli XLII. 1. *Ne accipias personam, ut delinquas:* tum ex ratione naturali. Et quidem est peccatum ex genere suo mortale, ut est omne peccatum contra iustitiam.

46. Ut autem verum sit peccatum, *duae conditiones* necessariae sunt:

1ª Bona, quae distribuuntur, debent vere esse communia, seu illius communitatis, cuius sint partes ii, quibus distribuuntur, non sint autem bona personae alicuius particularis. Videlicet debent esse bona, quibus nulla determinata persona possit uti in utilitatem suam, sed tantum sint commissa gubernatori communitatis, ut ea fideliter dispenset. Ratio patet; quia si sint bona personae particularis, haec si conferat ea indignis, aut minus dignis, potest quidem peccare contra liberalitatem, non donando scil. quibus deberet, sed non peccaret contra iustitiam distributivam. Quia cum non sint bona communitatis, quae ex iustitiae ordine debeantur dignioribus, nulla his fieret iniuria.

2° Altera conditio est, ut is, qui distribuit, debeat distributionem facere ad compensandam dignitatem personarum, quae sunt partes illius communitatis.

Et haec obligatio duplici ex capite oriri potest. 1° Ex natura rei, quando scilicet aliqua pars communitatis acquirit industria sua aliquam dignitatem, quae redundat in dignitatem totius communitatis. Nam tunc qui bona communitatis distribuit, vice totius communitatis debet in illam partem diffundere communitatis bona secundum aequalitatem proportionis, ut sc. sic se habeat communitas ad partem, uti pars se habet ad communitatem. Sic Ecclesiae alicuius gubernator bona Ecclesiastica debet distribuere proportionaliter ad ea, quae quisque confert Ecclesiae eo ipso quod bonum partis, v. gr. doctrina, pietas etc. est bonum totius. Vel 2° ex pacto, quo gubernator *promiserit,* se bona communitatis collaturum proportionaliter ad bonum, quod in communitatem partes conferant. Ita Deus remuneratur actiones, alioquin per se non exigentes tale praemium. Valent. tom. 3. disp. 5. 9. 7. punct. 1.

47. Quoad onus restitutionis, inprimis statui cum Valentia tom. 3. disp. 5. q. 7. punct. 2. §. 6. haec assertio potest: « Qui eligit indignum,

restituere debet Ecclesiae vel reipublicae, cui (ipse) eum praefecit, tantum quantum indigne censetur electus recipere de stipendio atque etiam quantum satis est ad resarciendum damnum, si quod respublica incurrit ob indignitatem talis ministri ».

Ratio primi est, quia ex iustitia commutativa communitati pro stipendio, quod ipsa confert electo, debet dari persona digna: hanc autem iustitiam violat, qui dat indignum; debet ergo communitati restituere stipendium. Rursus qui indignum praeficit communitati, hoc illi damnum infert, quod ea frustra confert stipendium tali ministro idque rationabiliter invita confert. Ergo tenetur ei damnum resarcire, restituendo illi stipendium. Et hoc puto voluisse dicere Gury §. 535. p. 5., cum dixit, superiorem, qui eligit indignos, teneri ad restitutionem erga communitatem. Antecedens patet: quia populus nec vult nec velle tenetur dare stipendium indigno.

Ratio secundi est, quia qui occasionem seu causam dat damni, damnum fecisse videtur, ut dicitur in cap. ultim. *de Iniuriis*.

48. Secunda assertio: « Si praelatus confert beneficium digno, omisso digniori, nulla debet fieri restitutio communitati, cui dignus praeficitur ». Ratio est, quia populus non esset rationabiliter invitus in conferendo stipendia digno; nam digno ministro stipendia merito conferuntur. Tamen fatendum est, praelatum tunc peccare contra fidelitatem, quam deberet et quae exigeret ut ei digniorem praeficeret. Sed tamen inde non oritur restituendi obligatio. Exemplo domini confirmatur, qui pecuniam tradens oeconomo praecipit ut dignissimos operarios conducat; nam si operarii digni sint illo stipendio, licet omittantur digniores aut dignissimi, tamen non peccaret oeconomus nisi contra fidelitatem.

Excipe tamen nisi stipendium sit extraordinarium et maius consueto; quia tunc simpliciter dignis non esset congruum tale stipendium, sed solis dignissimis atque adeo servus deberet domino restituere excessum stipendii. Id tamen non valet quoad collationem beneficiorum; nam decreta Canonica approbant generatim electiones dignorum et exinde patet, Ecclesiam velle ut dignissimis quidem dentur stipendia ex ordine iustitiae distributivae, sed non id adeo stricte vult, ut si dentur dignis, dignissimis praetermissis, nolit esse data.

49. Tertia assertio. « Quando praebenda confertur indigno, dignis omissis, vel confertur digno, omissis dignioribus, superior non tenetur aliquid restituere digno vel digniori praetermisso ».

Scilicet ut exsistat haec obligatio, debet esse locus vel *proprie* dictae restitutioni, quae in eo sita est, ut cuipiam illud reddatur, sive in re sive aequivalenter, quod suum erat antea: vel saltem restitutioni *improprie* dictae, scilicet cum quis ex iustitia commutativa debet facere

proprium alicuius quidpiam, si antea non fecit. Atqui neutrum adest in casu. Nam 1° beneficium seu praebenda antea certe non erat dignioris aut dignissimi. 2° Obligatio aliquid conferendi de novo ex iustitia commutativa non adest, nisi quando alter aut aequale aliquid a se abdicavit et in alterum contulit faciendo id eius proprium, vel quando aequale secundum rem de suo proprio perdidit, incurrendo damnum. Atqui dignus vel dignior nihil secundum rem aequale reapse a se abdicavit conferens communitati, nec damnum incurrit perdendo aliquid aequale de suo. Ergo.

His vero, quae hactenus dicta sunt, opus haud est alia addere, ut iustitiae commutativae notio declaretur.

III. Distinguitur ius in re et ius ad rem. Ius in re tunc adest, cum res ipsa obligata habetur et ideo tribuit rei vindicationem seu actionem in rem ipsam. Ius ad rem tunc habetur, cum ius acquisitum est rem sibi obligandi et ideo tribuit tantum actionem personalem contra impedientem rei ipsius acquisitionem.

50. Ut acquiratur ius *ad rem*, quod et *inchoatum* dicitur, hoc unum necesse est et sufficit, *iustus titulus*, vi cuius possit exigi rei possessio. Plures sunt tituli, qui hoc ius pariunt; nam vel est lex, quae hoc ius tibi concedit vel est factum, unde illud oritur. Huiusmodi sunt stipulatio, donatio aliique contractus, ante rei traditionem (nisi identidem quaedam iura aliter statuant). Tum electio, postulatio, praesentatio ad beneficium, imo ipsa collatio ante acceptationem, item testamentum vel successio ab intestato ante acceptationem. Hoc ius non tribuit actionem in rem, quae nondum est tua, sed in personam, quae rem dare debet vel non impedire.

51. *Ius in re* rem obligatam sibi habet et proinde confert actionem in rem. Tale est, ait Lessius l. c. c. 2. n. 10., quod habetur per emptionem et alios contractus, secuta traditione, per collationem beneficii, per testamentum vel successionem ab intestato, secuta acceptatione. Tale est etiam dominium rei, usus et ususfructus idest ius utendi et fruendi respectu rei, quae subest illis iuribus, item iura, quae dicuntur servitutes, ius etiam hypothecae et pignoris. Denique omne ius, quod rem aliquam sive corporalem sive incorporalem ita nobis obstrictam tenet, ut ex ea possimus percipere fructus, emolumenta etc.

52. Ut ergo acquiratur ius in re, quod et *plenum* dicitur, requiritur 1° rei exsistentia: hinc beneficiarius v. gr. non habet ius *in re* ad fructus, qui nondum nati sunt, nec ususfructuarius habet ius *in re* de fructibus anno insequenti colligendis, quia nondum exsistunt. 2° Titulus legitimus, v. gr. hereditario iure, emptione, donatione: hinc fur non est dominus nec habet ius in re rerum ablatarum, quas possidet. 3° Traditio rei, si agatur de rebus mobilibus aut de rebus indeterminatis:

exinde si quis emerit equum aut vestem aut v. gr. partem indeterminatam agri, etiamsi pretium solverit, non habet ad haec ius *in re*, quandiu ipsi non traduntur. Quoad hereditates autem, beneficia etc. sola acceptatio sufficit ad transferendum dominium, *seu ius in re*. Sed plenius de hac re dicendum cap. VI.

53. Patet hanc divisionem iuris *ad rem* et *in re* spectare ad ius, non prout aequale aut iustum dicit (15. 9.), sed prout dicit moralem potestatem faciendi (15. 8).

Iuris autem species quatuor recenseri solent, nempe dominium, usus, ususfructus et servitus, de quibus singillatim agendum.

54. Dominium, de quo heic sermo est, illud est, quod dicitur *proprietatis*, non dominium *iurisdictionis*; in quo quidem duo sunt distinguenda, *iurisdictio* erga personas et dominium (utique proprietatis), quo quis sibi eam habet iurisdictionem: sed non raro ipsa iurisdictio dominium dicitur et de hoc nobis sermo esse heic nequit.

CAPUT II.

DE DOMINIO

IV. Dominium, prouti heic sumitur pro ea specie iuris, quod est proprium iustitiae commutativae obiectum, definiri potest: tale ius in re, cuius vi possit dominus disponere de re in quoslibet usus, nisi aliunde prohibeatur.

Eiusmodi porro dominium dicit tum rei proprietatem, tum eiusdem usum ac solet vocari dominium plenum seu perfectum. Ab huius ratione deficit dominium, quod dicitur non plenum seu imperfectum, quippe quod vel solam rei proprietatem, vel solum rei usum comprehendit: et siquidem solam rei proprietatem complectatur, appellatur ius directum; si vero solum usum, dicitur dominium utile.

Sensu minus proprio dominium vocatur etiam potestas iurisdictionis ac potestas, quae in necessitate quapiam fit reipublicae, disponendi de bonis subditorum dicique solet altum dominium.

55. Plures afferri solent definitiones dominii. Sunt qui dicant, *dominium* converti omnino cum iure *in re*. Sed haec dominii acceptio est nimis lata; nam qui habet usum, habet sane ius in re nec tamen est dominus rei.

Iurisperiti definire cum Bartolo solent « ius *perfecte* disponendi de re *corporali*, nisi lege prohibeatur ».

De qua definitione Laymann lib. 3. tr. 1. cap. 5. n. 2.: « Bartolus censuit, rerum incorporalium, idest *iurium*, non esse proprie dictum dominium, sed *quasi dominium*, sicut nec proprie possessionem, sed *quasi possessionem*. Dixi *iurium:* quia Bartolus non negasset Deo competere perfectissimum dominium in creaturas incorporeas ».

Dominicus Soto apud Lugo disp. 2. n. 1.: « Dominium est propria cuiusque facultas et ius in rem, quam habet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest *quocumque* usu lege permisso ».

Alii: dominium est facultas legitima disponendi de re aliqua tanquam sua: vel est ius disponendi *pro arbitrio* de re tanquam propria, nisi lege, conventione vel testatoris voluntate prohibeatur.

Quam quidem definitionem sic explicat Scavini tom. 2. p. 181. Dicitur *ius* seu *facultas*, quae vox locum tenet generis. Ius enim exerceri potest tam in personam, quam in rem (ius autem in servum, censetur in rem, quia servus habet potius rationem rei, quam personae, quatenus nempe est servus). 2° *Disponendi*, propria scilicet auctoritate, non autem ex alterius commissione. 3° *Pro arbitrio*, idest ad omnem usum, rem videlicet vendendo, donando, vel etiam destruendo sine causa. Qua in re peccari potest alia ex causa, at non violatur iustitia commutativa. 4° *De re tanquam propria*, ut dominium distinguatur a nuda possessione etiam legitima rei, cuius tamen non habet quis dominium, ut illa uti possit tanquam sua, v. gr. *pignus*, vel cuius habet usum aliquem, v. gr. equum conductum. 5° *Nisi lege prohibeatur;* quia v. gr. minoribus non permittitur alienatio rerum suarum, nisi ex iusta causa et servatis quibusdam sollemnitatibus: sic autem non aufertur dominium, sed usus illius impeditur. 6° Vel *conventione*, v. gr. si inter venditorem et emptorem pactum intercesserit, ne re utatur nisi post aliquod tempus (ita si vendas tabulam pictam cum pacto, ne ab hac urbe extrahatur, vel domum cum pacto, ne locetur Iudaeis, aut ne attollatur, aut ne convertatur in cauponam). 7° *Vel testatoris voluntate*, si v. gr. legasset fundum aliqua conditione in eiusdem usu, v. gr. ne vendi possit, ut sunt fideicommissa.

56. Missis vero, quae animadverti de singulis definitionibus possent, illud advertendum, definitiones vel Bartoli vel Soti, vel etiam alias, designare, si recte explicantur, essentiam *pleni dominii*. *Ius* enim in his definitionibus sumi debet non pro quocumque iure, sed pro eo quod respicit iustitia commutativa et nascitur ex connexione, quam res habet cum eius domino, ut omnibus praeferri debeat etc., ut sup. explicavimus nn. 21. 22. Dominium itaque est tale *ius in re*, ut ratione illius possit dominus disponere de re in quoslibet usus, *nisi* aliunde ex alio capite prohibeatur. Dixi ex *alio capite*, idest *alio pari iure:* nam si usus ille esset prohibitus *simili iure*, quod alius haberet in eamdem rem, iam hic alius non esset perfecte dominus; quia dominus, quantum est ex hoc iure, quod est proprium iustitiae, debet praeferri omnibus aliis in ordine ad usus omnes huius rei.

Et sane has definitiones pertinere ad plenum ac perfectum dominium,

patet ex vocibus *perfecte* (in Bartoliana), *quocumque usu* (in definit. *Soti*), *pro arbitrio* (in Scaviniana).

Atque ita occurritur difficultatibus, quae fieri adversus eas definitiones solent, ex quo vel usufructuarius, vel usuarius habeant facultatem *utendi re*. Et sane in casibus his datur alius, qui praeferri debeat in usu, qui sit quaedam *alienatio* vel dispositio circa proprietatem.

Id vero prae oculis habendum erat, ut diiudicemus, an recte dein afferantur quaedam Dominii divisiones. Nam definitio deberet ita esse generica, ut congrueret singulis partitionibus; quod tamen in re nostra non obtinet: sed divisiones indicant fere dominium, quod notionem aliqua ratione imminutam praesefert.

57. Dominium aliud distingui solet *altum*, aliud *humile* seu *vulgare*. Cum ius feudale vigeret, dominium feudi et apud feudatarium et apud regem erat. Dominium prioris *humile* seu *bassum*, alterius *altum* vocabatur. Deinde quidam vocaverunt dominium *altum* ius, quod reipublicae competit in personas et bona subditorum, exigente publico bono. At hoc neque est dominium proprietatis, neque dominium veri nominis; sed est ius praescribendi, quid ad bonum commune expediat. Et siquidem necessitas postulet, ut respublica de bonis alicuius aliquid statuat, ad communem utilitatem, id fieri non potest, quin simul damnum illius privati ex communibus bonis compenset. Et suae sunt etiam hac in re leges servandae, videlicet 1° id debet necessitas postulare: 2° usus non debet excedere exigentiam necessitatis: 3° abesse debet personarum acceptio, ne scil. quidam graventur, dum aliis in simili causa et conditione parcatur.

Eiusmodi ius, uti patet, inest etiam singulis privatis et cum iisdem prope legibus, cum in extrema necessitate versantur.

Ceterum nihil opus erat, ut huic dominio opponeretur, velut aliud membrum, dominium *humile* seu *vulgare*; nam ibi dominium improprie omnino dicitur ac vera ratio dominii solum ad *ius proprietatis* coarctatur.

58. Alio modo distingui seu dividi solet dominium, ut aliud sit dominium *iurisdictionis*, videlicet gubernandi subditos, idest praecipiendi, vetandi, permittendi, iudicandi, puniendi, praemiandi etc., aliud vero dominium *proprietatis*, quod est praecipua ac potissima species iuris *in re*.

59. Alii quadruplex alio modo distinguunt Dominii genus (vid. *Croix*. lib. 4. n. 1385.), nempe 1° *proprietatis*, quod ille habet, cuius v. gr. est fundus: 2° *potentiale*, quod habent omnes, qui fundum illum accipere seu acquirere possunt vel donatione vel emptione vel alio titulo: eiusmodi habent et princeps et omnes cives: 3° *iurisdictionale*, quod habet princeps, inquantum praeest gubernationi per leges: 4° *politicum*

sive extraordinarium, quod habet princeps disponendi de fundo, quando bonum commune necessario id postulet et idem est ac dominium, ut aiunt, *altum*.

Haec autem ideo excogitata sunt, ut evinceretur, hominem privatum non posse transferre dominium fundi in Ecclesiam, sine Principis venia. Etenim, inquiebant, privatus non potest transferre nisi dominium, quod ipse habet: habet autem solum dominium proprietatis et tamen ceditur Ecclesiae triplex aliud ius, quod privatus non habet atque adeo cedit, quod suum non est. Bona siquidem si fiant ecclesiastica, cessat omnium dominium *potentiale*, quia Ecclesia dicitur manus mortua et bona fiunt inalienabilia: cessat *iurisdictionale*, quia sola Ecclesia habet iurisdictionem et ibi ius asyli accedere potest etc... Sed futilia haec sunt nec ad nos modo spectant.

60. Communius dominium *plenum* aliud dicitur, aliud *non plenum* et aliis verbis *perfectum* et *imperfectum*. In hac divisione est univoca ratio dominii, differens vero materia.

Plenum seu perfectum est ius disponendi de re seu proprietate rei et de eiusdem usu. *Non plenum* seu *imperfectum* est ius disponendi de re, vel de eiusdem usu, non vero de utroque simul. Hinc distinguitur dominium in *directum* et *utile*. *Directum* respicit solam proprietatem et sic dicitur, quia *directe* respicit rem ipsam eiusque proprietatem. Si vero respicit solum emolumentum, dicitur *utile*. Itaque in usu et usufructu dominium directum habet dominus, utile vero habet usufructuarius vel usuarius. Quia vero usus et ususfructus possunt esse plus minus completi, *dominium utile* simpliciter dictum comprehendit perfectum ius utendi et fruendi, quale v. gr. est in emphyteuta et feudatario. Cf. Molina tract. 2. disp. 3. n. 15. et disp. 10. nn. 1-4.

V. Obiectum dominii. Cum triplex bonorum genus distinguatur, personae scilicet, famae et fortunae: quoad primum genus homo non accepit quidem a Deo dominium sui directum; at administrator sui ita constitutus est, ut in utilitatem suam bonis tum animae tum corporis uti possit. Quoad secundum inest homini plenum famae dominium: ideoque cum iuri suo cedere possit famamque proiicere, tum iniuriam circa ipsam pati potest. Quoad tertium potest homo non modo plenum habere dominium externarum rerum, sive inanimes sint sive animatae, sed etiam utile dominium alterius hominis, qui ipsi sit servus.

61. Distinguenda bona interna, externa, spiritualia, corporalia et inter naturalia, distinguantur bona fortunae, bona honoris et famae et bona personae, animae scil. et corporis seu vitae.

Obiectum dominii sunt res omnes externae, quae dicuntur et *bona fortunae* et quae hominum usui subiiciuntur.

Aliae res sunt corporales, aliae incorporales. Priores, quae in sensus

incurrunt, uti vestis, domus. Secundae, quae solum intellectu percipiuntur et consistunt in aliquo iure, ut v. gr. ius hereditatis, ius nominandi ad beneficium etc.

Res aliae sunt mobiles, aliae immobiles. Prodest haec distinctio; quia aliter de mobilibus, aliter de immobilibus plures leges decernunt. *Mobiles* dicuntur, quae non sunt pars soli, sed facile recipiunt loci mutationem. Aliae autem sunt tales *ex natura propria* vel quia se movent, uti animalia, vel quia facile de loco in locum transferuntur, uti dolium vel scamnum. Aliae dicuntur *mobiles* ex determinatione legum, cuiusmodi sunt pensiones vitalitiae, obligationes et actiones etiam hypotheca munitae, si referantur ad pecunias vel res mobiles, item omnia natantia non expresse comprehensa inter immobilia, item materiae diruti aedificii vel ad aedificandum congestae.

Immobiles censentur res, quae transferri nequeunt et triplicis sunt generis: scil. alia sunt talia 1° *ex natura sua, cuiusmodi sunt praedia, aedificia et quaevis aedificii alicuius partes, molendina quoque, balnea et aliae fabricae natantes, catenis vel restibus in littore devinctae et ad quorum usum aliquod aedificium exsistit, item fontes, piscinae, cursus et canales aquarum ad aliquod aedificium destinati, denique fructus terrae et arborum nondum separati a solo. Vel* 2° *tales sunt ob earum destinationem, uti sunt ea, quae a proprietario alicuius fundi data sunt ad eiusdem culturam, etiam animalia quamvis prius aestimata, item quae fundo connexa sunt plumbo, calce, gypso etc. ita ut ibi semper maneant, adeo ut sine ipsorum vel fundi detrimento auferri nequeant. Vel tandem* 3° *tales sunt propter obiectum, quod spectant, cuiusmodi est ususfructus rerum immobilium, servitutes praediales, actiones ad vindicandam rem immobilem, ius directum in fundis ad emphyteusim datis, et ius ipsius quoque emphyteutae: item causidicorum, actuariorum munera* (i posti) *et alia etiam proprietatis privatae. Ita Scavini* tract. 6. disp. 2. cap. 2. q. 1. (a).

62. Quod generatim heic notare par est, 1° advertunt omnes, non esse obiectum dominii vitam propriam, cuius dominium Deus sibi reservavit. Qua de re satis diximus Tr. VI. sect. V. ubi de suicidio, quando et rationem reddidimus, cur homo eiusmodi dominium non modo non habeat, sed nec habere possit.

2° Quidam addunt, hominem tamen habere dominium *utile* bonorum, quae sibi sunt intrinseca, nempe animae et corporis; quia ita haec bona sunt vere sua atque adeo potest absque alterius iniuria iis uti ad

---

(a) Idque iuxta ius italicum C. C. artt. 407-420.

propriam utilitatem. Id valere potest ad confirmandum, peccare contra iustitiam illum, qui iniuste mihi haec bona impediat.

63. Additur, quod homo habet dominium propriae famae. Ratio, inquiunt, quia competunt actus dominii circa eam, cuiusmodi sunt eam labore acquirere (quidam dicunt, quia est fructus nostrae industriae) et potest eius restitutionem alteri condonare: imo et iusta de causa potest eam proiicere ac sese infamare v. gr. ad consilium petendum, ad humilitatis exercitium, ad commendandam Dei misericordiam, vel ad famam alteri restituendam.

Adderem, esse quandam famam, quae non est fructus industriae et ad quam tamen ius quisque habet, ne scilicet mala fama seu infamia ab aliis ei inuratur. Cf. tr. VI. sect. VII. n. 27.

Obligatio tamen adesse potest suam servandi famam, qua de re vid. Lugo disp. XIV. sect. 10.

64. Denique homo potest habere dominium alterius hominis, quanquam non est eiusmodi dominium, quod *plenum* dici debeat, sed potius dicendum est dominium utile, cuius vi nempe ius habet ad operam alterius. Hinc cum servum vendere quispiam dicitur, non quidem vendit proprietatem hominis, sed operam eius. Haec autem quaestio eo recidit, an repugnet servitus.

Hinc quaestio, an licitum commercium nigrorum. Nam non licet quidem eos libertate privare; per se tamen, ubi mos adhuc vigeat per leges civiles, servos habere non est illicitum.

VI. Dominii subiectum. Cum illud in primis certum sit generatim, solam naturam rationalem esse capacem dominii, tum speciatim haec notanda veniunt.

1° Capaces dominii sunt infantes et amentes; neque enim ad dominium acquirendum necessarius semper est actus voluntatis, quae acceptet.

2° Clerici non modo possidere possunt bona patrimonialia quae scilicet aliunde, quam ex beneficiis seu ministeriis ecclesiasticis obtinent neque modo certe dominium acquirunt plenum honorum, quae quasi patrimonialia dicuntur, quae scilicet obveniunt ex officiis et ministeriis ecclesiasticis; sed praeterea licet non habeant directum dominium in fundos beneficiorum, tamen fructuum, iuxta veriorem sententiam, plenum acquirunt dominium. Quod quidem intelligendum est non modo de ea fructuum parte, quae congruae atque honestae ipsorum sustentationi necessaria est ac propterea de iis quoque, quae ex hac ipsa parte parce victitando subtrahunt ac reservant, verum etiam de eo, si quid sit, quod congruae et honestae sustentationis superfluum esse videatur. Hinc tenentur quidem clerici aliis de causis superflua ista in pauperes aut alios pios usus erogare; id tamen si non faciant, non peccant contra iustitiam neque sunt ad restitutionem adigendi. Vid. s. Thom. qui 2. 2. q. 185. art. 7. et Quodl. VI. art. 12. ad 3. bona ecclesiastica quoad hoc bonis patrimonialibus coaequat.

3° Quoad filiosfamilias, eos nempe qui alteri pollenti paterna erga ipsos potestate subduntur, quadruplex bonorum genus ex iure romano, quod et commune audit, distinguatur oportet. Alia enim sunt 1° bona castrensia, quae quispiam causa aut occasione militiae acquirit: alia 2° quasi-castrensia, quae obtinentur ratione alicuius muneris

publici: alia 3° adventitia, quae aliunde quam ex patris rebus aut patris intuitu obveniunt: alia tandem 4° profectitia, quae ex paternis substantiis aut patris occasione seu intuitu obtinentur.

Porro ex communi iure certum est, bona tum castrensia tum quasi castrensia ad filium pertinere tum quoad proprietatem tum quoad usumfructum, licet eorum administratio patri reservetur saltem usque dum filius pubertatem attingat. Adventitia ad filium quoad proprietatem, ad patrem vero quoad usumfructum, nonnullis exceptis casibus, spectant. Profectitia denique in pleno patris sunt dominio.

Ceterum cum ea, quae communi iure statuta sunt, vel consuetudinis vel aliarum legum vi non ubique aut semper obtineant, hinc in iudicio de hisce ferendo prae oculis habenda est norma cuiusque provinciae propria; quod idem et circa ea, quae de bonis uxorum subiicimus, animadvertendum est.

4° Uxorum bona in triplici genere esse possunt: alia enim dotalia dicuntur, alia paraphernalia, alia communia.

Dotalia dicuntur, quae titulo dotis ad onera matrimonii sustinenda vel ab uxore vel ab alio, eiusdem nomine, traduntur. Horum proprietatem uxor retinet, usumfructum vero et administrationem maritus.

Paraphernalia seu extradotalia sunt, quae extra dotem uxori adveniunt, ex. gr. hereditate. Horum tum proprietas penes uxorem est tum ususfructus: imo et administratio marito, nisi uxore consentiente, non cedit.

Communia denique dici solent tum quae sive ex pacto sive ex lege sive consuetudine in commune conferuntur, tum quae communi utriusque coniugis labore acquiruntur. Ex legibus autem cuiusque loci decernendum erit, num quae communi industria acquiruntur, soli marito acquirantur, aut quale quotumque ius cuique coniugum in bona collata in commune spectet.

65. Subiectum dominii dicitur qui dominium habet, sive qui est dominus rei. De quo quaeritur quis sit dominii capax et cuiusnam dominii.

Illud etiam statuendum quod ab Ecclesia definitum est adversus haereticos, etiam hominem peccatorem, capacem esse dominii; damnata enim est doctrina Wicleffi et Io. Hus: « nullum praelatum esse, nullum episcopum, nullum dominum civitatis, dum est in peccato mortali ».

In primis illud statuitur, quod per se manifestum est, solum naturam rationalem seu intellectualem esse capacem dominii. Non possunt ergo dominium habere bruta: quod si quis canem heredem instituit, non canis est possessor, sed erit qui voluntatem alterius, qui erat vere dominus, exsequatur circa alendum canem.

Lugo autem disp. 3. sect. 1. n. 1. sic probat: Ille solus potest esse capax dominii, qui capax est et iniuriae patiendae: ille autem solus pati potest iniuriam, qui possit pati invitus. Invitus autem esse debet non quidem per voluntatem, qua velit rem esse suam (quia etiam fur id posset), sed per voluntatem, qua velit retinere ius in rem suam ipsam et obligare alios, ne eam auferant. Atqui irrationabilia, bruta scil. et inanimata, non possunt habere talem voluntatem, cum nec obligationem moralem nec turpitudinem cognoscere possint. Ergo non possunt esse invita, sicut nec possunt dare licentiam vel transferre dominium ob

eandem rationem; quia cum non cognoscant ius morale, non possunt cedere iuri suo. Sola ergo natura intellectualis, quae huiusmodi obiecta potest cognoscere, capax est dominii habendi.

66. Deus habet perfectissimum rerum omnium dominium, utpote Creator et Conservator. Nec obstat, quod non potest alienare; id enim ad perfectionem dominii pertinet, ut creatura eximi a Creatoris dominio non possit. Quo sensu Deus habet dominium, iniuriae etiam capax est, ut si quis interficiat semet etc.

67. Iniiciunt heic sermonem etiam de Angelis, quibus negari non potest dominium in bona quaedam eorum quoque naturae propria, v. gr. ne iniuria fiat eis in honore, in iure servandi secreta et ne per fraudem decipiantur etc. Lugo disp. 3. n. 3.

68. Alias quaestiones moverunt Doctores de Angelis (Vid. Lugo disp. 3. a n. 3.), quae ad rem nostram non faciunt. Illud unice enim quaeri posset, an si daemon quidpiam adferret vel Angelus, liceat illud retinere. Et quoad Angelum nihil dubitandum; quia non agit nisi ut minister Dei, qui est Dominus universorum atque adeo dominium et proprietatem transferre potest. Si vero agatur de daemone, distinguere solent Doctores; si enim ab alterius potestate daemon ea subtraxit, non liceret ea possidere: secus vero si essent bona derelicta vel nullius, v. gr. piscis in medio mari, vel pecuniae in naufragio demersae.

69. Sententia communissima omnium est capaces esse dominii infantes et amentes. Id autem videri potest iis repugnans, quae dicta sunt de capacitate dominii, quasi haec exigat voluntatem, qua quis non modo velit rem esse suam, sed insuper retinere ius in rem suam atque alios obligare.

Scavini pag. 193. sic probat: « Parvuli et amentes, etsi actu careant rationis usu, attamen sunt capaces dominii; nam usus rationis necessarius quidem est ad disponendum hic et nunc de bonis seu ad usum dominii; non vero ad habendam possessionem seu dominium habituale, quod quidem immediate fundatur in potentiis: porro potentiae usum rationis praecedunt. Adde: si isti non essent dominii capaces, eorum bona pertinerent vel ad rempublicam vel ad tutores vel fierent bona nullius; quae absurda sunt. Hinc Paulus (Gal. IV.) « *Quanto tempore heres parvulus est, nihil differt a servo, cum* (etsi) *sit dominus omnium* ».

70. At si ex Apostolo parvuli sunt reipsa domini omnium, id tamen non evincit, rationes allatas esse bonas.

Ratio, quod dominium in sola potentia fundetur, est Molina: inquit enim, quod licet potentia in pueris et amentibus sit ligata et impedita ab usu libertatis, vere tamen in illis est: sicut et homo cum dormit,

licet tunc non possit libere operari, adhuc tamen retinet dominium rerum suarum, quia retinet potentiam.

71. At ista ratio, inquit Lugo disp. 3. n. 15., non caret difficultate. Nam non videtur acquiri dominium posse sine acceptatione et actu aliquo voluntatis, quia non est satis, si alter v. gr. det mihi librum, nisi ego acceptem. Atqui isti acceptare non potuerunt. Nec valet similitudo dormientis, qui acceptavit ante somnum et voluntas habitualiter perseverat, sicut per similem voluntatem valide baptizari queunt in somno vel in dementia dein iacentes. Alio igitur modo quaestio solvenda, seu potius obscuritas, quae rei manifestissimae per se offundi videtur, disiicienda est. Vid. Lugo disp. 3. n. 16.

Itaque statuendum est, ad dominium rei alicuius acquirendum modo requiri acceptationem aliquam, modo vere nullatenus requiri.

Ratio autem inde repeti debet, quod eadem plane necessitas idemque ius, e quibus profluxit tum rerum divisio, tum praescriptio modi, quo acquireretur dominium, eadem, inquam, et necessitas et ius exigant, ut modo voluntas acceptans requiratur, modo non requiratur.

Necessitatem autem illam dico, quae primitus postulavit, ut partitio bonorum institueretur ac statueretur ad infinita inconvenientia vitanda (Lugo disp. 6. n. 1.). Nam si omnia servata fuissent communia, cum communia facile negligantur, defuisset diligentia in agris v. gr. excolendis et generatim in procurandis iis, quae ad vitam humanam necessaria sunt: pauci fuissent, qui solum ob communem utilitatem laborare voluissent, nihil sibi proprium sperantes: bella deinde, iurgia et dissensiones nascerentur, omnibus rapientibus quaecumque invenirent et vi usurpantibus potentioribus ad proprium usum. Qui rerum status cum repugnet ordini, ordinem autem natura ipsa postulet; hinc ipsum naturae ius postulavit, ut dominium aliquod statueretur ac proprietas, quam violare nefas esset.

Porro quod natura ipsa postulabat ad ordinem tuendum, id factis ipsis completum est, ipsa natura ac naturali lege duce. Neque enim opus est, ut heic pacta veluti socialia excogitemus: sed quomodo reipsa res cesserit, manifestum est. Sane in ipsa primitiva rerum creatione, nihil natura alicui in particulari applicuit, sed homines introduxit in mundum, quasi in domum opibus refertam (Lugo disp. 6. n. 6.), ut singuli acciperent et accipiendo sua facerent, quae antea erant communia, eodem prope pacto ac ligna caedua communia, antequam caedantur, sunt communitatis; post caesionem vero propria evadunt caedentis et iam non amplius sunt in dominio communitatis.

72. Secluso itaque omni decreto (Lugo ibid. n. 4.), si aliquis iam inde ab initio propria industria et labore gregem sibi ovium procreavit, iure

ipso naturae hic erat sub eius dominio, ut de Abele factum scimus. Item si quis cultura sua segetes colligebat idemque dici potest de iis, qui industria sua artes excoluerunt et e metallo vel a saxo aliquam v. gr. imaginem sculpserunt, vel instrumentum musicum fecerunt. Lex siquidem naturae clamat, ut fructus industriae auctori ipsi cedat deque eo disponere pro lubito possit, ceu de re sua.

Ergo et necessitas naturalis, postulans ordinem, induxit dominium ac proprietatem non violandam itemque modus huius dominii acquirendi ex lege ipsa naturae oriebatur ac veluti docebatur ac probabatur.

73. Sicuti autem necessitas haec induxit, ita et alia instituenda suasit. Non omnes omnia sibi procurare potuere variis de causis. Plures itaque indigebant rebus, quae propriae aliorum erant. Ut itaque necessitati huic consuleretur, natura ipsa inducta est commutatio rerum atque multiplices contractus, quibus fiebat, ut quisque commodum sibi adimeret, ut ab alio aliud commodum sibi acquireret.

Cum vero homo mortalis sit ac generationi generatio necessario succedat, praecavendum fuit, ne cum maximo ordinis discrimine hac de causa dominia perturbarentur. Praeterea cum lex naturae postulet, ut parentes conditioni prolis opportune prospiciant, hinc naturae lege itidem duce providendum fuit, ut ratio transmittendi dominia statueretur, quae et necessitatibus et naturae ipsius legibus congrua foret.

At vero ut hisce necessitatibus satisfieret, numquid non patet, non potuisse fieri, ut nemo dominium acquireret, nisi actu voluntatis suae possessionem seu proprietatem rei veluti apprehendisset? Repugnat ergo naturae, ut nemo dominium habeat, nisi voluntate sua concurrente. Secus enim non satis provisum fuisset ordini et necessitatibus naturae ipsius humanae.

In hanc vero rem leges humanae, quae ius naturae explicant et applicant singulis necessitatibus, merito statuerunt, ut dominium transferri in aliquos posset, absque ulla ipsorum acceptatione aut scientia. Potuit item voluntatem infantis aut amentis aut etiam pupilli transferre in voluntatem tutoris vel curatoris, ut acceptante tutore vel curatore censerentur illi acceptasse.

Et de facto absque acceptatione potest legatarius etiam ignorans dominium acquirere rei legatae statim ac testator moritur. Sic statutum est, ut testator vel donator possit immediate transferre dominium rei suae in personas infantium aut amentium absque ulla ipsarum acceptatione.

74. Ceterum si proprium est dominii, ut sit ius, quo dominus uti possit pro libito re sua et nemo sine eiusdem licentia uti possit, hoc locum habere potest etiam in infantibus et amentibus; quatenus non censetur carere facultate volitiva et libera ille, in quo per accidens hac

potentiae sint impeditae: capax ergo est dominii vel amens seu infans, quia, sublato impedimento, dominio reipsa uti potest. Quandiu autem durat impedimentum, pertinet ad rempublicam substituere illis curatorem seu tutorem in cuius voluntatem pupilli vel dementis voluntas transferatur.

75. Quinimo naturae necessitas effecit, ut dominium transferri possit quodammodo et in quempiam, qui nondum exsistat, ut cum v. gr. legatum vel hereditas transfertur in filium, qui nedum natus sit, concipietur solum post aliquot annos. Videlicet ut conditioni humani generis prospiceretur, hoc etiam statuendum fuit, ut voluntas eius, qui dominium in alium transfert, perdurare censeatur etiam post eius mortem. Neque vero id fit tantummodo in casu proposito; sed toties efficitur, quoties etiam exsistunt sive legatarius sive heres. Nam hi quoque dominium a testatore accipiunt, quando hic mortuus est; quandiu enim testator vivit, heres non fit dominus, sed quando ille vivere cessavit. In dominiorum ergo divisione ac dispositione eiusmodi dominium in res suas dari singulis potuit atque oportuit, ut possent de iis disponere pro tempore futuro. Hinc et facultas facta, ut quis possit de re disponere in aliquem annum post mortem suam. Hinc substituta est *per Leges* quaedam veluti persona ficta, quae appellatur *hereditas vacans*, quae loco testatoris occupet bona illa, ne habeantur tanquam derelicta et fiant primi occupantis, donec iuxta testamentum veniant ad dominium alterius iuxta voluntatem illius, qui tunc erat dominus et poterat de bonis illis disponere pro tempore futuro.

76. Quod spectat ad clericos, non heic disputabimus, an Ecclesia generatim possidere aliquid possit, quod plures haeretici negarunt et rursus publicistae ianseniani recantarunt. Damnata autem est haec doctrina in hisce propositionibus Wicleffi p. 10. « Contra sacram scripturam est, quod viri ecclesiastici habeant possessiones » p. 32. « Ditare clerum est contra regulam Christi » p. 33. « Sylvester Papa et Constantinus imperator errarunt, ecclesiam dotando ». Verum haec quaestio non est huius loci.

77. Heic quaeritur in rem nostram, cuiusnam dominii capaces sint Clerici et quale habeant dominium; ut ex his definiri possit quaenam eorum sint officia et obligationes.

Triplex porro genus distinguitur bonorum, quae Clericus habere potest. Videlicet

1° *Patrimonialia* et sic ea appellantur, quae Clerico obveniunt aliunde, quam a beneficiis seu ministeriis Ecclesiasticis, sed ex iis titulis, qui sunt communes etiam laicis, v. gr. hereditate, dono, officio non ecclesiastico v. gr. docendi mathesim etc.

Porro certum est penes omnes, clericos horum bonorum plenum habere dominium non secus ac ceteri homines habeant. Neque attinet diluere ea, quae obganniunt quidam exigentes, ut nemo e clericis quicquam possideat.

78. 2° Alia sunt bona, quae dicuntur *quasi-patrimonialia*: sunt autem, quae Clerici acquirunt ex *functionibus* et *officiis* ecclesiasticis, v. gr. ex munere docendi Theologiam vel s. Scripturam, ex Sacramentorum administratione, ex concionibus, missis, funeribus, proventus incerti parochorum, qui dicuntur *ex stola* seu iura *stolae;* huc etiam pertinent quotidianae distributiones, quae dantur Canonicis, quae scilicet non dantur titulo beneficii, quamvis eas recipiant, qui beneficium habent, sed dantur ob servitium ceu stipendium personae.

Porro sententia communis est Doctorum, haec quoque bona in plenum cedere dominium clericorum et ideo non audiendi quidam, uti Antoine (qui tract. *De obligat.* cap. 1. q. 5. abutitur etiam s. Thoma 2. 2. q. 86. art. 2., non advertens, s. Thomam ita loqui de *oblationibus*, ut comprehendat omnia *bona ecclesiastica*), Collet, Habert aliique nonnulli. Ratio est manifestissima, quia cum non detur effectus sine causa, alicunde igitur oriri debet, quod dominio clericorum limitatio quaepiam ponatur: quae limitatio repeti non posset nisi vel ex rei natura, vel ex iure communi Ecclesiae, vel ex voluntate fidelium, qui tribuunt. Atqui nullum horum subsistit. Natura rei est, ut operarii ita sit merces, ut sua sit. Nulla aliunde Ecclesiae lex eiusmodi exsistit; fideles vero haec elargiuntur clericis ceu stipendium vere iis debitum ad ministerium personale, neque aliquid oneris iis imponere intendunt. Praeterea, ut bene arguit Scavini, bona ista vel ad clericos pertinent, vel ad Ecclesiam, vel ad donatores seu tribuentes; nam vacare nuspiam putata sunt. Atqui non pertinent ad Ecclesiam, cum ei nunquam appropriata fuerint: non ad donatores, quia iisdem se abdicarunt per actum donationis. Ergo ad clericos.

Responsiones s. Poenitentiariae refert Scavini ex Bouvier (not. pag. 198.).

79. 3° Tertii generis bona dicuntur *ecclesiastica* et eiusmodi sunt, quae clerici acquirunt ex beneficiis ecclesiasticis, idest ex bonis Ecclesiae appropriatis. Quo referuntur et bona, quae titulo supplementi a gubernio solvuntur pastoribus et Canonicis, ut declaravit s. Poenitentiaria 19. Ian. 1819. (apud Scavini) *et huc spectant etiam decimae.* Cf. vol. 2. p. 825-826.

De his porro illud inprimis certum est, non heic agi de fundis; eos enim clerici alienare non possunt, propterea quod eorum dominium sit penes Ecclesiam, clerici vero sint mere fructuarii: sermo est igitur tantum de proventibus seu reditibus eorundem beneficiorum.

Verum haec ipsa bona seu proventus tripliciter considerari possunt.

Videlicet 1° prouti sunt necessaria ad honestam clerici beneficiati sustentationem: vel 2° tanquam quae clericus studiosa frugalitate necessariae et honestae sustentationi subtraxit, quae et *parsimonialia* appellantur: vel 3° quatenus honestae sustentationi supersunt et *superflua* dicuntur.

Itaque quatenus necessaria sunt honestae sustentationi, omnes concedunt et concedere debent, plenum horum dominium clerico competere idque certum est. Atqui eadem de causa plenum habet clericus dominium eorum, quae ex honesta hac sustentatione sibi subtraxit; dominium enim plenum acquisiverat titulo sustentationis, quod sane absurde diceretur amitti, si ea non consumit, sed reservat. Hinc s. Thomas 2. 2. q. 185. a. 7. cum praemisisset: « Dicendum, quod aliter est dicendum de propriis bonis, quae Episcopi possidere possunt et de bonis Ecclesiasticis; nam propriorum bonorum verum dominium habent »: dein inferius subdit: « *De his autem, quae sunt specialiter* SUO USUI DEPUTATA (quae nempe distincta ab iis, quae cultui, pauperibus sunt eroganda, cedunt, divisione facta, soli Episcopo, ut paulo ante dixit), *videtur esse eadem ratio, quae est de propriis bonis;* ut scilicet propter immoderatum affectum et usum peccet quidem, si immoderate sibi retineat et aliis non subveniat, *sicut requirit debitum caritatis* ». Porro huiusmodi sunt fructus beneficiorum ad sustentationem honestam ordinati.

80. Denique quod ad superflua spectat, disputant Doctores non quidem utrum in pios usus expendi illa debeant; nam in id omnes consentiunt: sed utrum eorum dominium clerici acquirant necne, vel saltem utrum fructuum dominium, quod clericus obtinet, habeat onus adnexum dispensandi *ex iustitia* superflua in pauperes aut in usus pios.

Hanc controversiam late versat etiam s. Alphonsus lib. 3. n. 492. et utut ipse conetur suadere sententiam eorum, qui putant clericos aut dominium eorum non acquirere aut acquirere cum eiusmodi adnexo onere, ut si superflua in dictos usus non expendant, peccent contra iustitiam commutativam atque adeo teneantur ad restitutionem; tamen temperare sibi non potest quin fateatur, oppositam quoque sententiam esse *valde communiorem et reipsa esse satis probabilem.*

Et sane Concilium Tridentinum sess. 24. cap. 12. *de Reform.* aperte supponit, beneficiatos facere fructus *suos*. Ubi enim poenam statuit adversos eos Canonicos, qui ultra tres menses absunt a choro, inquit: « Non liceat vigore cuiuslibet statuti aut consuetudinis ultra tres menses, ab iisdem ecclesiis quolibet anno abesse...; alioquin primo anno privetur unusquisque dimidia parte fructuum, quos ratione etiam praebendae ac residentiae *fecit suos* ». Et hanc phrasim vere significare acquisitionem dominii, probari ulterius potest ex cap. *Consuetudinem, de Clericis non*

residentibus in 6. ubi Bonifacius VIII. decernens, ne clerici absentes participent de distributionibus, sic loquitur: « Qui vero aliter de distributionibus ipsis quicquam receperit..., rerum sic receptarum dominium non acquirat *nec faciat eas suas;* imo ad omnium restitutionem... teneatur ». Ubi postrema verba clare explicant, facere *rem suam* et *dominium acquirere* ac porro ad *restitutionem non teneri,* aequipollentia et connexa esse.

Idipsum supponit et Concilium Lateranense V. sess. 9. §. *Statuimus,* ubi statuitur, quod si beneficiarius omittit recitare officium, post sex menses a die possessionis, *fructus suos non faciat.* In Bulla scilicet Leonis X. *de Reform. Curiae* in cap. cui titulus: *Reformationes Curiae et aliorum* (§. *Statuimus*), haec leguntur: « Statuimus quoque et ordinamus, ut quilibet habens beneficium cum cura vel sine cura, si post sex menses ab obtento beneficio divinum officium non dixerit, legitimo impedimento cessante, beneficiorum suorum *fructus suos non faciat* ».

Et hanc sententiam manifeste tradit s. Thomas non modo in allegato textu, ubi tradita in usum proprium aperte comparat cum bonis patrimonialibus, qui proinde textus absurde et inique a quibusdam in alium sensum detorquetur, sed etiam disserte in Quodlibeto VI. art. 12. ad 3. Quaerit enim in eo articulo: Utrum clerici peccent mortaliter, si ea quae eis superfluunt, in eleemosynas non largiantur, quae quaestio attingit plane rem nostram. Obiicit autem sibi tertio loco ista: « Quicumque consumit quod est alterius, tenetur ad restitutionem. Sed bona clericorum sunt pauperum... Ergo si clerici inutiliter bona ecclesiastica consumunt, tenentur restituere pauperibus aliunde, si habuerint ». Respondet porro sic: « Bona Ecclesiastica non solum sunt dispensanda pauperibus, sed etiam Ecclesiae ministris: unde secundum canones debent dividi hoc modo, ut aliqua pars cedat in usus pauperum et aliqua pars in usus ministrorum et in cultum Ecclesiae. Aliter ergo dicendum est de illis ecclesiasticis bonis, quae principaliter sunt attribuenda necessitati pauperum et ex consequentibus necessitati ministrorum, sicut sunt bona hospitalium et aliorum huiusmodi et aliter de illis bonis, quae principaliter attributa sunt usibus ministrorum, sicut sunt praebendae clericorum et alia huiusmodi. Nam *in primis* peccatum committitur non solum ex abusu, sed etiam ex ipsa rerum conditione, dum alius in suos usus assumit quod est alterius et ideo tenetur ad restitutionem tanquam fraudator rei alienae. *In secundis* vero non committunt peccatum nisi per abusum, sicut et de bonis patrimonialibus dictum est. Unde non tenetur quis ad restitutionem, sed solum ad poenitentiam agendam ».

81. Hinc facile est decernere, quo loco habendi sint, qui pro contraria sententia iactant *Scripturas, canones, primitivam Ecclesiam, quindecim*

seculorum praescriptionem, SS. Patrum ac Pontificum, ut inquiunt, auctoritate munitam, traditionibus confirmatam, ut videre est in Compendio Salmanticensi scripto a Fr. Antonio a s. Ioseph. tract. XI. cap. 2. n. 120. pag. 353. tom. 1.

Promunt quidem Patrum effata. At nonne eadem effata apud Patres occurrunt, cum loquuntur de laicis, qui eleemosynas non erogant?

Ita v. gr. allegant auctoritatem s. Caroli Borromaei in decretis Synodorum Mediolanensium. At Benedict. XIV. *de Syn.* lib. 7. cap. 2. n. 12.: « Verum nos, inquit, qui nullius partis studio abrepti sumus, nihil eiusmodi a s. Carolo decisum comperimus. Ac dein textum allegat, e quo satis patet, s. Carolum utique obligationem inculcasse distribuendi superflua in pios usus, at disserte obligationem caritatis, non vero iustitiae, urget. « Ex eo vero (inquit) quod supererit, si NECESSARIA pauperibus alimenta denegarint, intelligant, se, quos non paverint, occidisse atque ob violatam sanctissimae *caritatis* legem, mortale peccatum commisisse, quo sibi iram in die irae thesaurizaverunt ».

Et tamen s. Caroli auctoritas penes istos adeo eminet, ut s. Alphonsus, ubi istorum rationes refert, s. Caroli dicta ceu potissimum eorum telum, referenda putaverit.

Hinc Benedictus XIV. l. c. n. 1. et 14. non probandam dicit eorum methodum, qui hanc obligationem ita ex *iustitiae* officio oriri inculcant, ut quaestionem velint veluti definitam et suadet, ut inculcetur utique obligatio, sed unde oriatur, quaerere in Synodis intermittant.

82. Ceterum de hac obligatione non quidem ex iustitia, sed *ex caritate,* vel ut alii habent, ex *praecepto Ecclesiae,* seu ex virtute Religionis, alibi sermo recurret, ubi de Praeceptis particularibus agendum erit. Heic satis sit adnotasse, non posse nos obligationem restitutionis imponere, si quis contra hanc legem deliquerit; etenim obligationes eiusmodi imponi non possunt neque debent, nisi liquido de iis constet: in casu autem non modo non constat liquido, sed ita dubia res est, ut qui eam neget reprehendi nullatenus possit.

83. Heic adnotandum, quod Benedictus XIV. *de Syn.* l. c. n. 13. inquit: « Quod tamen a s. Carolo decisum negamus, ultro concedimus, in nonnullis dioecesanis aliorum Episcoporum Synodis affirmari et veluti certum assumi ».

Quod ut evincat, profert decreta duo, alterum Synodi Nonantulanae ann. 1688., alterum Veliternae ann. 1698. Sunt autem huiusmodi. Primum: « Superfluos Ecclesiae reditus in pios usus expendant, memores, *illorum* non esse dominos, sed tantum commendatarios et administratores». Secundum: « Quicumque reditus ecclesiasticos *possident,* noverint, res Ecclesiae nihil aliud esse, quam vota fidelium, pretia peccatorum et pa-

trimonia pauperum earumque propterea ministros se esse, non dominos, ut quod illis superest, in pauperum necessitatibus erogent ».

Atqui si haec vere sonant sententiam, quam ibidem vidit Benedictus XIV., iam accensere deberemus patronis eiusdem sententiae etiam s. Thomam (contra ac ipse Benedictus XIV. putet), qui haec disserte habet *Quodlib.* VI. art. 12.: « Dicendum, quod aliter videtur se habere circa bona patrimonialia et circa bona ecclesiastica. Nam bonorum patrimonialium vel licite acquisitorum, homo vere est dominus: unde quantum pertinet ad conditionem ipsius rei, potest re sua uti, ut vult... Bonorum vero ecclesiasticorum clerici non sunt vere domini, sed dispensatores... Pertinet autem ad dispensatorem, ut fideliter distribuat ea, quae eius dispensationi committuntur. In his ergo potest dupliciter peccatum contingere. Uno modo ex conditione ipsius rei, dum scilicet usurpat sibi quasi rem propriam et in usus suos convertit id, quod esset aliis erogandum. Alio modo ex inordinato usu eorum, quae in partem suam cedunt, sicut etiam de aliis dictum est ».

Ex quibus omnibus alterutrum sequitur: videlicet aut eos, qui effatum « clericos non esse bonorum ecclesс. *dominos sed dispensatores* » adhibent, male detorsisse ad partem, quae cedit clerico, effatum, quod ad generalem distributionem eorundem bonorum pertinet atque adeo etiam ad partem, quae est pauperum, uti bona hospitalium: aut effatum perperam intelligi a Benedicto XIV., quasi alio sensu prolatum sit ac a s. Thoma adhibeatur. Ceterum non admodum urget, quod in quapiam Synodo dioecesana forte aliqua opinio fuerit admissa et quidem per modum adhortationis.

84. Perpendendum quoque heic esset quodnam et quale dominium competere possit Religiosis.

Et quoad bona personae atque famae nihil, uti patet, minus habent religiosi dominium, ac habeant reliqui homines. Tota igitur quaestio verti potest circa bona fortunae.

At vero si quaestio agatur, an Religiosi Ordines possint aliquid in communi possidere, novimus omnes, certo id licere. Quaestionem vero de ea instituere atque hanc doctrinam propugnare adversus eos, qui non ex zelo perfectionis excellentioris, sed ex astu in religiosos Ordines et Ecclesiam hoc impugnant, non est huius loci, neque nostri instituti.

Quaestiones vero circa dominium, quae spectant ad Religiosos utpote adstrictos voto paupertatis, commodius pertractantur, ubi de statibus particularibus hominum.

De dominio filiorum.

85. Agentes de bonis et iuribus filiorum item et uxorum, monemus in primis, quaecumque de huiusmodi iuribus disputantur, non tantum spectanda esse secundum merum ius naturae, quantum etiam secundum positivum ius, quod non idem esse solet in omnibus locis.

Iuxta communem notionem, filiusfamilias is est, qui ex legitimo marimonio natus (filius illegitimus non est ex familia), cuiuscumque sit sexus, paternae potestati subiacet. Iuxta romanum ius potestas paterna vel patria (quae vi legis civilis, non naturalis solius obtinet cf. Inst. L. I. tit. 9. §. 2.) nonnisi patri aut ascendentibus maribus competebat: apud modernas gentes aliud, et quidem iuri, puto, naturae conformius invaluit. Ita ex italico codice art. 220. patria potestas parentibus competit: eadem, durante matrimonio, exercetur a patre et si is non potest, a matre; soluto matrimonio, a parente superstite, ut tutelae locus non sit, nisi deficientibus ambobus parentibus, art. 241.

86. Cum pluribus ex causis patria potestas desinere possit, speciatim desinit 1°, secundum ius vetus et novum, *emancipatione*, qua eximitur filius a potestate patris. Minor, iuxta ius gallicum, si adhuc pater vivit, emancipari potest ab ipso patre, anno 15. expleto: defuncto patre, a curatoribus, anno 18. expleto. C. C. Italicus art. 311. emancipationem admittit anno 18. expleto: emancipatur autem filius vel a parente, exercente patriam potestatem vel, in eius defectu, a consilio familiae, ibid. 2° iuxta ius communiter nunc vigens, desinit patria potestas, cum filius *maiorem aetatem* attigit, aetas autem maior incipit, expleto anno 21., etiam secundum ius novum romanum Gregorii XVI. 3° pariter ex iure communiter nunc in usu, patria potestas exstinguitur per matrimonium initum a minore. Cf. C. C. Gallicum art. 476. Italicum art. 310. Idque satis cohaeret cum verbis Adami Gen. II. 24.

87. Quod autem de filiis legitimis dicitur, id et de legitimatis per subsequens matrimonium aut rescriptum principis, intelligendum est.

88. In alicuius patriam potestatem venire quis potest etiam per adoptionem, cuius tamen notio a Theologo morali ex iure romano potius quam ex aliis iuribus, petenda est; nam illa est, quam ius canonicum supponit, cum quidpiam circa adoptantem, adoptatum eorumque habitudinem cum consanguineis alterius statuit. Cf. dicenda in tr. *de Matr.* ubi de impedimento cognationis legalis.

89. De bonis et iuribus filiorum pariter et uxorum agemus secundum ius romanum: quaedam, siqua sunt, quae nos magis attingant ex aliis novis iuribus, adiiciemus in nota.

90. Bona filiorum ex iure Romano quadruplici sunt in genere: *Castrensia, quasi-Castrensia, Profectitia, Adventitia.*

Castrensia sunt, quae filii acquirunt causa militiae vel eiusdem occasione.

Quasi-castrensia, quae acquiruntur ratione alicuius publici muneris.

Profectitia, quae acquiruntur ex rebus patris vel eiusdem patris intuitu.

Adventitia dicuntur omnia, quae aliunde obveniunt.

De singulis porro quaerendum est 1° quid veniat sub horum bonorum nomine: 2° quid statuendum sit circa ipsorum proprietatem, usumfructum et administrationem.

91. Quid itaque venit sub nomine peculii castrensis?

Resp. 1° Quidquid filius acquirit ratione officii militaris, sive mari sive terra, sive ut stipendium sive ut praedam. Officium autem militare seu bellicum censetur non solum ducis, signiferi, centurionis, militis etc., sed etiam aliorum, qui non pugnant, uti sunt scriniarius (notarius), tabellio, nautae, remiges (si qui nunc sint), et alii officiales triremium, militares medici, musici militares etc.

2° Quidquid militiae intuitu conferatur alicui, v. gr. quae filio a parentibus quomodocumque dantur ad militiam, uti sunt arma, equi: vel quae dantur, ut iis venditis ex eorum pretio emat, quae sibi ad bellum sunt necessaria; fundus vero vel domus, si hac occasione daretur, non censetur *castrense,* nisi expresse ad militiam detur. Quidquid etiam filio ab aliis donatur occasione militiae sive per donationem sive per testamentum, si alioquin non fuisset comparaturus: uti si miles moriturus alteri relinquat, et, si consanguineus sit, ubi putatur reliquisse occasione militiae.

3° Quidquid filius ex castrensi peculio acquirat, ut si ex illo domum emat, vel si aut negotiando aut ludendo cum bonis castrensibus aliquid lucretur. Castrensibus quidam addunt quae acquiruntur ob servitium aulicum.

92. *Quasi-castrensia* vero et ipsa plura complectuntur ac 1° quae filius lucratur ex munere aliquo publico, v. gr. ex officio Iudicis, Senatoris, Administratoris provinciae, Assessoris, Advocati, magistri alicuius artis liberalis, magistri Theologiae, Iuris Canonici vel Civilis aut Medicinae et officio Medici, Notarii etc. Ubi adnotandum, id valere etiam, si lucrum sit non ex publico stipendio, sed acceptum a privatis pro exercitio horum munerum; quia hoc succedit loco publici stipendii. Quidam addunt etiam Procuratores Curiae Romanae, quippe qui ea munia exercent, quae scientiam iurisprudentiae exigunt et sunt pars officii Advocati.

Sunt qui his accenseant officia Architecti vel Ingeniarii Communitatis; quia est officium liberale et pars mathematicarum: alii idem privilegium concedunt iis, qui docent iuvenes equitare vel arma exercere; quia haec per se respiciunt bonum publicum.

Ceterum alii artifices, ut lapicidae, carpentarii, statuarii, etiamsi haberent publicum stipendium, ipsorum tamen lucra ex omnium sententia non pertinent ad bona quasi-castrensia.

2° Huc pertinet quidquid a parentibus datur vel ab aliis ad praedicta munera exercenda, v. gr. libri advocato, equus medico ad invisendos infirmos, et generatim quidquid datur in ordine ad munus, uti dictum est de datis in ordine ad militiam.

3° Eiusmodi sunt, quae donantur a Rege vel a Regina, etiamsi darentur intuitu Patris.

4° Insuper ad hoc peculium revocatur quidquid filius lucratur ex officio clericali, seu ut melius dicitur, quidquid quomodolibet ad Clerici dominium veniat. Nam bona ex officio clericali iam alia de causa, sc. prouti acquisita e publico officio, erant inter quasi-castrensia. Si ergo aliud quidpiam concedi voluit ea lege (Est *authentica Presbyteris*. C. de *Episcopis et Clericis),* id referendum ad hoc quod verba generalia exigunt « res *quomodolibet ad dominium eorum venientes* ». Lugo disp. 5. n. 21. Porro cum lex civilis (ab Eccl. adprobata), quae id sancit, id affirmet de rebus quomodolibet ad clericorum dominium venientibus, hinc 1° excluduntur bona *profectitia,* quae sane nunquam veniunt in dominium clerici, tum 2° etiam probabilius adventitia *acquisita ante clericatum;* horum enim usumfructum habet Pater.

5° Tandem ad idem peculium spectat, quidquid ope eorundem bonorum, v. gr. negotiando, ludendo, acquiritur, ut dictum est de castrensibus.

93. *Adventitium* dicitur peculium quod neque castrense est nec quasi castrense, neque a patre vel patris contemplatione oritur, sed aliunde.

Eiusmodi sunt quae proveniunt v. gr. ex materna successione, vel ex successione propinquorum ex linea materna, vel donatione, vel industria, artificio, labore, casu, fortuna, vel alia quacumque via.

94. *Profectitium* vero appellatur peculium, quod filio non aliunde, sed ex rebus vel substantia patris, vel certe patris occasione acquiratur, uti si filiis v. gr. ducis quid assignatur a principe, patris intuitu. De hoc sermo paulo inferius redibit (a).

(a) Secundum ius gallicum, bona filiorum familias distinguuntur 1° in bona acquisita *industria separata* filii aut *ipsi soli data:* 2° cetera bona undecumque et quomodocumque provenientia filio. Porro bona acquisita *industria separata,* compre-

95. Quod porro maximi est momenti, stabiliuntur de diversis hisce bonis sequentia:

1° Certum est atque tum lege tum consuetudine inductum, ut bonorum castrensium filius habeat tum proprietatem tum usumfructum. Quidam dicunt: tum *dominium tum usumfructum*. Atqui male *dominium* heic usurpatur, nisi pro imperfecto.

2° Etiam bonorum *quasi-castrensium* sive proprietas sive ususfructus penes filiosfamilias est.

3° Quoad bona *adventitia* proprietas penes filium est, ususfructus vero ad patrem pertinet.

4° Denique quoad *profectitia* attinet, haec ad patrem pertinent tum quoad proprietatem tum quoad usumfructum.

96. Antiquum ius romanum bona omnia filiorumfamilias, praeter sola castrensia et quasi castrensia, patriae potestati adiudicabat, tum quoad proprietatem tum quoad usumfructum. Correctio igitur in ipsum ius inducta est, quando ex eodem communi iure nunc patris quidem sunt bona filiorum *profectitia*, non vero *adventitia*, quorum filius proprietatem habet, pater vero usumfructum.

97. Quoad ius itaque commune diximus, filium habere perfectum dominium bonorum castrensium et quasi castrensium. Eorum tamen administrationem habet pater, quousque filius sit impubes.

98. Quod vero spectat ad adventitia, filius utique habet proprietatem; sed pater habet usumfructum et quidem quousque habet usumfructum, etiam habet administrationem, quod a fortiori dicendum est de profectitiis, quorum habet et proprietatem.

99. Sunt tamen casus, quando *adventitiorum* filius habet non modo proprietatem, sed etiam *usumfructum*: sed cf. Lugo disp. 5. n. 23.

100. Porro, omissis casibus vel nuptiarum patris incestuosarum, vel applicationis bonorum ad filios ob illegitimum divortium patris, de adventitiis haec adverti ulterius possunt ex communi iure.

I. Usumfructum semel acquisitum pater retinet usque dum vivit,

---

hendunt bona *castrensia* et *quasi castrensia* iuris romani: quae autem *ipsi soli* sunt data, ut nempe eius sint, non patris, inter adventitia iuris romani recensenda essent, attenta definitione rei, sed quoad dispositionem iuris, ad priorem classem potius spectant. Ex Gury tom. 1. art. 543. II.

Ius italicum C. C. artt. 228. 229. distinguit bona filiorum 1° in bona, quae filio proveniunt ex successione, donatione aut quolibet alio titulo lucrativo: 2° in ea bona, quae relicta aut donata filio sunt sub ea conditione, ut patri ususfructus non cedat, quae relicta aut donata filio pro munere, arte, professione capessenda, quae filio proveniunt ex hereditate, legato aut donatione acceptata in utilitatem filii contra consensum patris, quae filius acquisivit occasione aut exercitio militiae, officiorum, munerum, professionum, artium aut labore proprio et propria industria separata.

etiam moriente filio (quo casu v. gr. succedant pater et mater), aut a patria potestate egresso. Excipe, 1° si egrediatur ob episcopatum vel dignitatem quampiam, vel 2° si agatur de maioratu, qui transit cum suo usufructu ad alium, vel 3° si filius per voluntariam patris emancipationem eximitur ab eius potestate, quo casu dimidia ex parte participat uterque. Si ob dilapidationem patri auferatur administratio, tunc iste et usufructu privatur.

II. Bona adventitia alienare pater non potest, nisi ad solvenda onera ipsis bonis adhaerentia. Si dilapidet, debet restituere. Si vero bona adventitia sint usu consumptibilia, aestimari debent, ut filio reddatur aequipollens sive pecuniis sive aliis rebus: ut fructum vero pater percipiat, ad industriam eiusdem pertinebit.

Quoad bona, quorum filius habeat etiam usumfructum, si pater hunc usumfructum percipiat, generatim existimari non debet, silentium filii aequivalere consensui tacito: quia silentium eatenus aequivalere censetur consensui, quatenus facile reclamare quis posset. At non facile filius adversus patrem potest reclamare, uti res per se patet.

III. Si bona filio relicta sint usu consumptibilia, et aliunde bona adventitia filii pater non potest distrahere et alienare, quid fiet de eis, aut quomodo pater usumfructum percipiet? Videlicet si de pecunia sermo sit, tritico, oleo...?

Respondet autem Lugo disp. 5. n. 35., rem componendam ex regulis generalibus circa usumfructum. Qua de re Molina tom. I. tract. II. disp. 7. n. 10.: « Quoniam ususfructus proprie solum est circa res quae usu non consumuntur, ut sunt ager, domus etc.: circa res vero, quae usu consumuntur, ut sunt vinum, oleum, triticum, pecunia, aliaque id genus, esse nequit ususfructus proprie loquendo (ut habetur *Instit. de Usufructu* §. 2ª et l. 2. Dig. *de Usufructu earum rerum quae consumuntur*); iisdem tamen in locis subiungitur, utilitatis gratia senatusconsultum instituisse, ut in iis etiam rebus esset ususfructus, improprie tamen; ita videlicet, ut si quis v. gr. leget alicui usumfructum suorum omnium bonorum aut quorumdam, quae usu consumuntur, bona, quae usu consumuntur, tradantur ei aestimata comparetque hic eo ipso eorum dominium, praestita cautione, quod transacto tempore ususfructus, reddet illorum aestimationem. Interest ergo inter eiusmodi usumfructum improprium et usumfructum proprium, quod in improprio dominium rerum, quarum habetur ususfructus, transit in usufructuarium, ut finito tempore ususfructus reddat non illas, sed aestimationem: quare si tempore ususfructus pereant, pereunt usufructuario. In usufructu vero proprio, dominium rerum, quarum est ususfructus, non transit in usufructuarium, sed manet apud alium: usufructuarius vero solum habet ius utendi ac fruendi illis; unde

fit, ut si sine usufructuarii culpa pereant, non ipsi pereant, sed alteri, qui earum habet dominium ». Haec ergo doctrina generalis (subdit Lugo) applicari potest in rem nostram etc.

101. Cognito adventitio, inquit Lugo n. 37. disp. 5., omne aliud profectitium esse patet, quando nimirum non aliunde, sed ex rebus vel substantia patris aut eius occasione filius acquirit.

Porro tunc dicitur acquiri *patris occasione*, quando alias dandum non erat, nisi patris respectu seu intuitu aut ad huius utilitatem. Verum dupliciter pater esse potest eiusmodi occasio, *proxima* scilicet vel *remota*. *Proxima* est, quando pater est proximum motivum donandi, adeo ut ablato illo, donatio non fieret. *Remota* autem est, quando patris quidem occasione filius venit in donantis cognitionem; hic tamen postea non tam ex affectu in patrem, sed in ipsum filium, isti donat. In primo casu donum erit profectitium, in secundo autem adventitium. Ut enim sit profectitium, oportet quod ita detur intuitu patris, ut eo ablato eiusque utilitate non spectata, donatio non fieret. Quare si daretur patris quidem intuitu, sed principalius ex affectu in filium, ita ut daretur etiam cessante patris intuitu, non est profectitium, sed adventitium.

102. Si dubium autem sit, an aliquid filio donatum sit patris intuitu necne, vel etiam si patris intuitu fuerit quidem donatum, sed dubitatur, an hoc fuerit motivum adaequatum, adeo ut, eo sublato, non facta fuisset filio donatio; tunc censetur donum pro rata dubii partim adventitium, partim profectitium. Lugo disp. 5. 37-38. Molina apud Lugo l. c. censet, quod manente dubio, si filius incepit possidere bona fide, tunc ipsi adiudicanda: secus dividenda pro rata dubii. Nonnulla autem veniunt heic advertenda. Ac 1° siqua donentur filio patris intuitu, filius tamen sit emancipatus, donum nullo modo est profectitium; filius enim non est amplius in potestate patris.

2° Siqua donantur filio, patris quidem intuitu, sed quae per se pertinent ad bona castrensia vel quasi castrensia, uti si equus ad militandum, vel libri ad advocati munus agendum, vel pensio ecclesiastica filio clerico tribuantur, haec nunquam censeri possunt profectitia.

3° Quaecumque pater filio donavit ac porro valide donare potuit filio, non erunt bona *profectitia;* secus nulla esset donatio, cum profectitiorum proprietas et ususfructus ad patrem spectet: sed dicenda erunt adventitia, quando nempe haec in partitionem deinceps cum aliis heredibus venire non debent.

4° Quae vero pater tribuit sive filio in patrimonium ad sacros ordines suscipiendos, vel filiae in dotem, aut filio ad nuptias contrahendas, licet ex patre proveniant, tamen *profectitia non censentur*, nisi

ad hunc effectum, quod deinceps debeant afferri in partitionem cum aliis fratribus (a).

103. Plura vero dubia exsurgunt quoad lucra filiorum, videlicet an censenda sint *profectitia*, an vero *adventitia*.

Haec dubia prae omnibus lucidius proponere et solvere videtur Lugo disp. 5. n. 40...

Ac primo quidem merito distinguendum videtur genus industriae, quo filius quidpiam lucratur.

Itaque si *agatur de negotiatione*, 1° certum videtur, filium, si extra domum patris habitans propria negotiatione industriaque aliquid acquirat, id adventitium esse, non autem *profectitium*.

2° Itemque si in domo quidem patris habitet, non tamen ex rebus seu circa res patris, sed diversa negotiatione acquirat, adventitium dicendum est; nam ad profectitium exigitur, ut ex rebus seu substantiis patris aut certe ex patris occasione acquirat.

Quando dicitur « ex rebus vel substantiis patris » intellige: si negotiatur patris nomine; nam si re quidem paterna at vel sibi permissa vel clam ablata suo nomine negotietur, in se suscipiens periculum et restituens accepta a patre, adventitium erit lucrum.

3° Quod dictum est de negotiatione, fere dicendum est de aliis industriis. Si enim filius sit extra domum nec a patre alatur et interim artificio vel opificio suo aut labore quidpiam lucretur, v. gr. arte pictoris aut fabri lignarii aut murarii etc., bona non sunt profectitia sed *adventitia*. Itemque si in domo paterna utique sit, sed aliquid acquirat aliqua arte sibi unice propria, v. gr. pictura, musica, haec censentur adventitia; non enim sunt ex patris substantiis vel occasione patris acquisita.

Advertendum tamen, quod cum pater non teneatur alere filium habentem propria bona (vid. Laym. lib. 3. tract. 4. cap. 8. n. 11.), hinc compensandae a filio expensae erunt, si a patre alatur.

4° Quando filius negotiatur bonis patris, non autem suo nomine,

---

(a) Secundum ius gallicum filius familias habet dominium perfectum (directum et utile) in bona acquisita industria separata et in ea, quae ipsi soli dantur, C. C. 387.: eorum tamen administrationem non habet ante maioritatem vel emancipationem. C. C. 389. 481. seqq. In cetera bona (cf. notam ad n. 94.) habet filius dominium directum ante annum 18, completum vel ante emancipationem, quae exacto anno 15. fieri potest. Interea autem usufructus est penes patrem eoque defuncto, penes matrem, dummodo alias nuptias non contrahat. C. C. 384, 386. 476. seqq. Ex Gury. l. c. §. 545.

Ex iure italico pater habet usumfructum bonorum, quae (in nota citata) enumeravimus sub n. 1. eumque retinet usque dum filius emancipetur aut ad aetatem maiorem pervenerit. Idem valet in matre exercente patriam potestatem. Quoad alia bona sub n. 2. ibid. enumerata, pater usumfructum non habet. Habet tamen eorum administrationem usque dum filius emancipetur aut excedat ab aetate minori. Desinit parens usufructu frui, cum ad alias nuptias transeat. C. C. n. 224-232.

totum lucrum profectitium erit; haec siquidem est definitio lucri *profectitii,* quod oriatur ex substantiis patris aut eius occasione: patri ergo acquirit, quod acquirit. Neque obstare debet, quod lucrum sit quidem ex rebus patris, industria tamen et labor sit filii; nam in praesenti hypothesi opera filii circa res patris est aliquid debitum patri et pertinens ad patrem, qui per filios, quos habet in potestate sua, potest res suas domesticas administrare.

5° Quaerunt heic (Lugo disp. 6. n. 41.), quid statuendum, quando dubitatur, an lucrum fuerit ex rebus patris.

Communiter autem respondent DD., quando filius administraverit bona patris, praesumi, quod sint ex eis: secus vero, si bona paterna non administrabat. Addunt alii, praesumenda bona patris, quando secus orietur suspicio delicti, ut si praesumendum aliter foret, filium turpiter illa bona assecutum; cum alia ratione acquirere non potuerit: ad hanc igitur delicti suspicionem vitandam praesumetur, ex bonis patris ea fuisse comparata. Quod idem procedit in praelato, uxore, tutore, qui aliorum bona administrant: quae regula (inquit Lugo) rationabilis apparet.

105. Quid vero dicendum, si aliquis filius plus laboret, plus industriae seu operae impendat sive in administrandis paternis rebus, sive in arte paterna auxilium et emolumentum conferens?

Vera responsio haec est, iuxta Lugo ibid. n. 42.: Si opera, quam filius praestat, non excedat id, quod pater iuxta conditionem familiae potest iure ac merito a filio exigere, nullum stipendium speciale ipsi debetur. Si vero operae et industria seu obsequia sunt supra filii debitum, posset utique filius exigere, ut stipendium sibi redderetur. Sed tunc subtrahenda essent alimenta a patre data filio; quia non tenetur pater alere filium, qui potest ex stipendio vivere.

Quod si filius non petiit, hoc silentium non semper est signum, quod is voluerit gratis laborare; potuit enim accidere, quod, ob reverentiam erga patrem, protestari de stipendio sibi debito ausus non fuerit.

106. Quoad ea bona mobilia, quae parentes ipsi dare solent filiis, notant universim Doctores, quaedam esse, quorum utile tantum dominium censeri potest filiis concessum, non vero directum. Eiusmodi sunt quae non sunt primo usu consumptibilia, v. gr. vestes, libri etc., quae idcirco non possent illi vendere. Hinc parentes conqueri solent, si filii clam de illis disponant.

Alia vero sunt, quae primo usu consumuntur, uti pecunia; tunc, si data fuerint sine ulla conditione, de iis filius potest pro lubito suo disponere. Quod si data sit pecunia cum conditione, v. gr. solvendi pro victu, libris etc., peccaret, si in alia distraheret, v. gr. ludendo et deberet restituere, nisi praesumi posset, parentes condonare.

De dominio uxorum.

107. Triplex bonorum genus uxorum distinguendum. *Dotalia,* quae nomine *dotis* vel ab uxore vel ab alio eius nomine traduntur ad onera matrimonii sustinenda (a).

Horum bonorum uxor retinet proprietatem, maritus vero usumfructum et administrationem atque adeo habet ius prosequendi in iudicio dotis debitores. l. *Reipublicae* et l. *Dotis fructum* Dig. *de Iure Dotium* et l. *Doce ancillam* C. *de Rei vindicatione* et l. *In rebus dotalibus* C. *de Iure dotium.* Dissentit Vinnius Inst. l. 2. tit. 8. ab init., qui contendit maritum esse rei dotalis dominum idque pluribus iuris textibus probari: concedit tamen dominium hoc non esse perpetuum, sed abiturum ab eo et soluto matrimonio ad uxorem redituro. Res in praxi eodem redit.

Potest insuper dos transire etiam in proprietatem mariti: verum, si res sit immobilis, id in contractu *exprimatur* necesse est. Si vero dos consistat in pecunia vel dos sit aestimata in re mobili, tunc maritus necessario acquirit etiam proprietatem: sed si restituenda, vel causa mortis vel alia causa, dos sit, pretium reddi debet, veluti si facta fuisset venditio. l. *Res in dotem* et l. *Plerumque* et l. *Quotiens* Dig. *de Iure dotium.*

Et quidem notum est, uxorem pro dote sua praeponendam esse omnibus mariti creditoribus, si res eius exstet l. *In rebus dotalibus* C. tit. cit. eamque etiam ante mariti mortem repetere posse, si timor sit, ne vir fiat impotens ad eam solvendam. l. *Si constante* Dig. *De soluto matrim.*

Denique notum est, uxorem non posse alienare dotem suam, nisi id fiat ex mariti consensu et sententia iudicis.

108. Alia bona uxoris *paraphernalia* dicuntur seu *extradotalia,* quae scilicet uxori adveniunt extra dotem v. gr. donatione vel hereditate.

Horum bonorum tum proprietas tum ususfructus ipsius uxoris est et ideo ne administrationem quidem sibi arrogare, ipsa nolente, maritus potest. Quoad ista itaque uxor nullo modo a marito dependet, quominus de iis disponere pro suo lubito possit. l. *Hac lege* C. *de Pactis conventis.*

109. Denique alia dicuntur bona *communia,* quae varie definiri possunt pro varietate locorum, prout scilicet diversae vigent consuetudines ac leges.

Communia utique censeri possunt, quae communi labore acquiruntur. Communia ex alia causa quaedam habebuntur, si id vel ex pacto constitutum fuerit vel leges disponant (b). In iure autem romano mentio non

(a) Cf. apud Laymann discrimen inter dotem *profectitiam* et *adventitiam. De Pactis* c. 13. nn. 3-6.

(b) Ex iure gallico triplex est regimen coniugii: regimen *dotale,* regimen *communitatis,* regimen *excludens communitatem.* In regimine *dotali,* bonorum dotalium,

occurrit de contractu communitatis bonorum inter coniuges; qui posterioribus iuribus singulorum locorum inductus fuit. Cf. Laym. *de Pactis*, c. 12. n. 6. Molina tom. 2. disp. 422. n. 2.

---

quae uxoris dotem constituunt, vir administrationem habet et usumfructum, dominio directo manente penes uxorem. C. C. art. 1549.

Licet statuere in contractu matrimoniali, quod uxor partem accipiet redituum dotalium pro levioribus expensis et necessitatibus personalibus, art. eod.

Quod si bona dotalia sita sint in rebus mobilibus sive partim sive totaliter, vir acquirit bonorum mobilium dominium perfectum, sed tenetur de valore eorum aestimato in contractu, qui matrimonium praecessit, art. 1551.

Bona dotalia nequeunt alienari, vel ipsa uxore consentiente, praeter certos quosdam casus lege exceptos, art. 1551. seq.

Bona quaelibet alia uxoris in dotem non constituta, manent ipsius propria censenturque paraphernalia; eorum proinde uxor usumfructum et administrationem habet, artt. 1574. 1576. Non potest tamen immobilia alienare neque pro eis in iudicio se sistere sine expresso mariti consensu aut, renitente marito, sine sententia tribunalis primae instantiae, art. 1576.; quod idem dicendum, si uxor in bonis sit prorsus separata, art. 1536.

Ad bona paraphernalia spectant ea quoque, quae uxor sibi comparat singulari industria vel labore extraordinario, adhibita rei familiaris sufficienti cura vel ea, quae accumulat, aliquid subtrahendo de sibi datis ad victum, vestitum, recreationes etc. tum praeterea illa, quae ipsi data fuerint cum expressa conditione, ut viro non cedant. Ita Gury V. 1. §. 550.

Regimen *communitatis* locum habet, cum coniuges in contractu matrimoniali statuunt quaedam bona inter se fore communia vel, etiamsi id non statuant, si tamen quodvis aliud pactum desit, locum tunc habet vi legis *communio legalis:* cf. artt. 1393. et 1400. Communitas itaque vel *legalis* est vel *conventionalis*, prout lege vel pacto speciali contrahentium constituitur.

Communitas *legalis* coalescit 1° ex omnibus bonis mobilibus, quae coniuges possidebant ipso initi matrimonii die vel quae ipsis deinde adveniunt titulo successionis vel donationis : 2° ex omnibus fructibus et quibuslibet reditibus durante coniugio perceptis et provenientibus ex bonis, quae spectabant ad sponsos cum coniugium iniretur vel quae ipsis, durante matrimonio, advenerunt: 3° ex omnibus bonis immobilibus, quae ex bonis communibus, tempore matrimonii, acquisita fuerint, artt. 1401-1402.

Communitas *conventionalis* consistit in pactis sponsorum, quibus statuta legalia restringi vel relaxari possunt. His deficientibus, sola legis dispositione communitas regitur, art. 1387.

Iam vero sub regimine communitatis, solus maritus habet administrationem et usumfructum bonorum communium: imo is potest ea vendere, commutare, in hypothecam tradere, etiam sine uxoris consensu, art. 1421.: nequit vero disponere inter vivos titulo gratuito de immobilibus communitatis vel universitate aut quotitate (dimidia, tertia parte etc.) mobilium; nisi pro statu communium filiorum, art. 1422.

Regimen *excludens communitatem* duplici modo a sponsis constituitur, scilicet 1° declarando se inire matrimonium *sine communitate:* 2° statuendo se quoad bona quemque sua fore separatos. In priore casu vir percipit omnes reditus bonorum uxoris et solus omnia administrat. Sed si ea usu consumuntur, illorum valorem reddere tenetur. In casu posteriori uxor habet omnium suorum bonorum administrationem et usumfructum. Uterque autem ad onera matrimonii speciali pacto concurrit. Si vero nulla conventio exsistat, uxor usque ad tertiam partem redituum suorum concurrere debet, artt. 1529-1537.

Quocirca in hoc tertio regimine, quemadmodum et in secundo, *dos quaedam* ab

110. Quaeri heic potest, an dominium acquireret uxor illius lucri, si proprio nomine laboraret, v. gr. pingendo vel ex propria pecunia negotiando. Qua de re non negandum, uxorem posse quaepiam sibi acquirere. Nam nuspiam in iure uxor recensetur inter eas personas, quae aliis, non sibi, acquirant. Itaque si substantiis paraphernalibus negotiatione et industria prorsus a negotiis mariti separatis acquireret, ea ad ipsam spectare dicenda sunt.

111. Ceterum quae spectant ad huiusmodi bonorum usum, quidve uxor sumere queat de communibus bonis aut ex bonis mariti, alibi disputabuntur, ubi de furto.

De dominio auctorum.

112. Praestituit Gury tom. 1. §. 566. principium: hominem quemlibet ex iure naturali ius habere in fructus suae industriae et sui ingenii; omnis enim res fructificat domino. Unde colligit quemlibet inventorem artis alicuius strictum ius habere, ne secretum suum surripiatur et se invito publicetur. Si iura haec violentur, damnificator ad damnorum reparationem tenebitur.

113. Tum quaerit: An violet ius alienum, qui opus manuscriptum sine consensu auctoris typis edit.

Resp. affirmative; quia iuri naturali id repugnat: constat enim opus nondum in lucem emissum vere remanere sub dominio auctoris non secus ac pictura sub dominio pictoris. Qui ergo usurpat hoc ius, violat ius alterius et ad compensanda damna tenetur.

114. Quid si quis typis ederet lectiones publicas professoris aut concionem oratoris?

Resp. Duplex distinguendum ius: 1° ne quid vulgetur aut vulgetur magis, quam auctor velit: 2° ius ad lucrum sperandum ex vulgatione. Utrumque ius violari potest. Neque enim per se aut professor aut concio-

---

uxore tribuenda est, quae oneribus matrimonii ex parte subveniat et huiusmodi dotem vir alienare potest. Ita Gury §. 553.

Ius italicum C. C. artt. 1388-1446., distinguit, bona uxoris in *dotalia, paraphernalia, communia.* Quoad duo priora, eadem generatim valent, quae dedimus ex iure romano. Quoad communia, non permittitur communio universalis nisi bonorum utilium, quam pacisci possunt coniuges, etsi habeat locum constitutio dotis, art. 1433.

Bonorum communitatis solus vir habet administrationem isque solus pro iis agere in iudicio potest: nequit tamen, nisi ex titulo oneroso, alienare aut hypothecae subiicere bona, quorum proprietas spectat ad communitatem, art. 1438. Porro effectus communionis est, ut fiant communia et divisibilia quae acquiruntur a coniugibus sive coniunctim sive seorsim, dum communitas durat, art. 1436. Mulier habens bona paraphernalia, si in contractu determinata non fuit pars, quam tribuere ipsa debet oneribus coniugii sustinendis, confert ex bonis suis iuxta proportionem suarum substantiarum, comparatione facta cum substantiis mariti, art. 1426. coll. art. 138.

nator haec cedit ad imprimenda et vendenda. Tamen si nosset, id alios moliri et taceret, praesumeretur consentire.

115. An qui librum edit, ius habeat, ne quis rursus praelo illum committat cum damno suo aut bibliopolae.

Resp. Leges civiles his prospexerunt. Ius naturae postulare videtur, ut aliquod privilegium auctori ad tempus aut ad vitam concedatur, licet non perpetuum ad posteros transmittendum. Ratio est, quia impediri quempiam, quominus e laboribus suis fructum congruum percipiat, minus aequum est: impeditur autem, si cuilibet facultas fiat libros editos statim denuo imprimendi.

Id nocet et publico bono; nam sublata hac spe, deterreri facile possunt homines, ne libros alioquin utiles in lucem promant.

Et quandoquidem eaedem prope causae plus minusve urgent quoad regiones circumvicinas, propterea maxime congrua iuri naturae est diversarum rerumpublicarum conventio, ut privilegia alicubi concessa auctori, alibi quoque serventur.

Unde nimis facile Gury §. 568. q. 4. concedit, licite in vicino regno edi posse librum recenter in alio regno vulgatum et non posse conqueri auctorem de *stricto iure* violato: dicendum foret deesse sanctionem legum, non vero deesse officium.

Veruntamen cum librorum editio in regionibus valde dissitis minus forte impediat, quominus fructum industriae suae congruum auctor percipiat, principium praestitutum n. 112. de compensatione damnorum poterit tunc facilius temperari.

CAPUT III.

DE DOMINII ACQUISITIONE

VII. Cum multi sint tituli, quibus acquiri potest dominium, ii tamen ad quadruplex caput revocari facile possunt, nempe 1° ad occupationem, 2° ad accessionem, 3° ad praescriptionem, 4° ad contractum.

116. Omnia bona iure naturae communia dicuntur. Hoc non ita intelligendum est, quasi ius naturae interdicat ius proprietatis: quod ius imo utpote praesenti hominum conditioni necessarium maxime ab ipsa natura exigitur; sed hoc sensu, quod a lege naturae determinatum non fuit, quid cuique cederet, excepto necessitatis casu. Licet enim ordo postulet ita dividi bona, ut in proprietatem cedant; tamen nec ipso iure naturae facta est singulis divisio nec ea est eousque promovenda, ut finis impediatur, quem natura ipsa in suppeditandis istis bonis intendit. Hinc effatum « *in necessitate omnia bona esse communia* ».

Cum itaque natura ipsa non addixerit cuipiam bona exteriora, quaerendum est, quomodo quaeque in proprietatem cedant. Videlicet assignanda est ratio, cur res alicui ut propria addicatur, quae ratio dicitur etiam *titulus* estque veluti *basis* aut *radix* ac veluti *causa moralis dominii.*

Et quidem cum ius proprietatis ipsa natura duce inductum fuerit, a natura ipsa esse debet modus, quo ius istud acquiratur. Recta igitur ratio, non autem caecus casus id praescripserit oportet; recta autem ratio in hoc et fini, quem natura intendit et ordini, quem natura eadem postulat, prospicere debuit. Et reipsa quaecumque hac de re dicturi sumus, ea rectae rationi maxime consentanea videre erit.

117. Plures sunt modi, quibus dominium acquiritur, et, quod in idem recidit, multi esse queunt tituli, cur dominium habeatur.

Hos titulos in varias etiam classes distributos invenietis. Sic sunt, ut videre est apud s. Alphonsum ex Reiffenstuel lib. 3. n. 493., qui triplici modo acquiri dominium affirmant, scil. 1° *iure naturali seu gentium:* 2° *iure civili aut canonico* (dici poterat brevius, iure positivo humano), scil. per praescriptionem et usucapionem: 3° *voluntate privata hominum* per contractus. Queis modis *quartus* addi posset *iure belli,* quod tamen, inquiunt, revocatur ad ius gentium. At enim modi isti, utut in diversas classes divisi, in eo peccant, quod opposita membra non semper appareant atque adeo idem modus non ad unam classem pertineat. Ita ubi intercedit traditio, dominium tum iure naturae, tum voluntate humana transfertur.

Attamen distinctio inter modum acquirendi dominium ex iure naturae et ex iure civili aut canonico, habet rationem, cur instituatur. Videlicet ad ius humanum tum civile tum canonicum maxime spectat heic *praescriptio:* porro, ut videbimus, ex hoc titulo dominium acquiritur, cuius nullus exstaret titulus ex iure naturae. Imo alii sunt casus, in quibus dominium acquiritur solum ex vi iuris positivi, ubi deficeret vel etiam contradiceret ius naturae, uti fit v. gr. in materia hereditatum.

Ceterum cum apte distinguatur dominium acquisitum ex iure naturae aut gentium ab eo, quod ex mero civili iure acquiritur; ut tertii membri (sc. ex voluntate humana) divisio constet, expungi debent a prima classe omnia illa, quae ex voluntate humana transeunt in alterius dominium, uti v. gr. quae fiunt alterius titulo *traditionis.*

Alii (vid. Scavini *de Iust.* cap. 3.) distinguunt *modos iuris gentium* et *modos iuris civilis.*

« Modi IURIS GENTIUM (inquit Scavini) varii sunt pro rerum varietate. Vel enim acquiritur res, quae nullius est aut nullius censetur et modus iste dicitur *originarius;* quia cum ipsa dominii origine nectitur. Modi isti

sunt *occupatio*, cum nempe aliquid acquirimus facto nostro et *accessio*, cum aliquid acquirimus vi rei nostrae. Vel acquiritur res, quae alicuius iam est et modus iste dicitur *derivativus;* quia per eum dominium ab uno derivat in alium et maxime venit *traditio* ».

« Modi IURIS CIVILIS dividuntur in universales et particulares: *per universales* acquirimus universalitatem bonorum v. g. totum assem hereditarium et huc maxime venit *hereditas* — Per *particulares* non acquirimus, nisi dominium rerum particularium, v. gr. domum, palatium... Huc veniunt *praescriptio* et *contractus* ».

Atqui ista pariter non congruunt *divisionis* regulis. Et sane postquam definitur modus *originariùs*, cum res acquiritur quae sub nullius dominio erat, ponitur ceu eius membrum *accessio;* quando tamen accessione dominium acquiritur earum quoque rerum, quae sub aliorum dominio erant. Deinde ponitur *traditio* inter modos *iuris gentium:* contractus vero ponitur inter modos *iuris civilis;* cum tamen *contractus et traditio* prorsus eodem spectent.

Sincere igitur fatendum, hasce divisiones non satis sibi constare. Et magis arridet eorum doctrina, qui ab hisce divisionibus abstinentes, statuunt, modos omnes dominii acquirendi ad quatuor haec capita posse revocari commode, videl. 1° ad occupationem, 2° ad accessionem, 3° ad praescriptionem, 4° ad contractum.

De occupatione.

VIII. Occupatio definitur « apprehensio rei corporalis, quae sub nullius dominio sit, animo eam sibi acquirendi ». Triplex autem occupationis species praesertim venit heic consideranda, inventio scilicet, venatio, piscatio.

118. Dicitur occupatio *apprehensio rei corporalis*, tum quia de rebus corporalibus reipsa sermo est, tum quia incorporalia, uti v. gr. iura, non patiuntur apprehensionem, tum quia iura non sunt eiusmodi res, quae reperiantur exsistentia quidem, at dominum non habentia, nisi forte intelligatur possibilitas iuris habendi, v. gr. ut quis fiat rex etc.

Dicitur « *rei in nullius dominio exsistentis* »*;* quia si res alium dominum iam habet, alius profecto titulus requiritur, ut mea fiat: scilicet titulus requiritur eiusmodi, non quo res domino carens in cuiuspiam dominium veniat, sed quo dominium eius ab alio domino in alium transferatur.

Dicitur « *animo eam sibi acquirendi* » et quidem uti propriam; nam iacentem ramum arboris v. gr. apprehendere possum, ut e via impedimentum auferam et apprehendere ipsum ramum potest paupercula ut in fascem suum corroget; primo casu non acquiro dominium, sed secundo acquirit muliercula. Item apprehendere rem possum, non ut mihi

sed ut alteri eam acquiram: ita v. gr. si decerpam racemum uvae vel fructus aliquos, ut puero tradam, qui haec volebat, sed occupare non poterat, quia statura pusillus erat: vel si inventum strophium, baculum, horologium apprehendo, ut quaeram dominum vel ut tradam iis, qui quaerant, profecto rem apprehendo sed non animo eam mihi acquirendi.

Addi solet alia conditio (vide Reiffenstuel tract. 7. disp. 5. q. 1. n. 5.), nempe *nisi lege aliqua humana earum dominium cuipiam alteri applicetur:* quae formula melior est ea, qua alii utuntur: *ut nulla lex occupationi obstet;* quia mera legis prohibitio, quae hac formula comprehendi posset, non impedit, quominus per occupationem dominium acquiratur. Vide infra ubi de venatione et piscatione.

Porro huius conditionis exemplum habemus in bonis vacantibus, sc. in bonis, quae ideo domino vacant, quia nullus superstes est heres eorum, qui iure hereditario ad ea bona gaudeant. In hoc aliisve eiusmodi casibus standum est dispositioni talis legis, utpote iustae atque auctoritate publica latae ad bonum commune.

119. Porro iuvat heic perpendere cum Lugo disp. 23. n. 59. quod, quemadmodum dominium rei acquiritur animo et corporali apprehensione (vel alio modo huic aequivalenti); ita non amittitur animo solo, seu sola voluntate non habendi amplius rem ut suam. Cuius « ratio, ut ipse ait, esse potest; quia, cum dominium humanum per connexionem sensibilem acquiratur (cf. supr. nn. 21. 22.), non potest perdi nisi per destructionem illius sensibilis connexionis, quae destrui posse non videtur, nisi per connexionem contrariam sensibilem, aut nisi per oblivionem auferatur omni modo potentia recuperandi rem tuam. Nam artifex, qui facit imaginem, habet talem connexionem cum re illa, ut non possit non esse illius dominus, nisi per contrariam connexionem, quam imago, ex artificis vel alterius superioris voluntate, habeat cum alio (nisi incapax ipse factus sit a lege habendi dominium): quare non potest abdicare a se dominium illius, nisi transferendo in alium, per quam translationem ponitur iam connexio contraria » vel ita rem a se proiiciendo, ut amittatur potestas eam recuperandi. Atque ita Ulpianus l. 17. *Si quis* §. 1. Dig. *de Acquirenda vel amittenda possessione* « differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus eius manet, qui dominus esse non vult: possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere ». Sed de possessione infra. Nunc satis sit referre, quod Paulus l. 8. Dig. eodem tit. habet: « Quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est », si scil., aiunt, possessionis amissio ab actu corporali inceperit.

120. Triplicem occupationis speciem consideramus, quam et Codices

civiles nunc communiter considerant, uti v. gr. Gallicus, Austriacus etc. (apud Scavini pag. 211.) et quoad privatas personas triplex reipsa haec species locum fere habet. Nam quod ulterius posset inquiri circa occupationem v. gr. alicuius desertae insulae, quam quis maria percurrens inveniat, non heic disputatur (a).

Ad occupationem quidam referunt etiam apprehensionem seu acquisitionem eorum, quae iure belli capiuntur: vid. Reiffenstuel l. c. n. 4. Nam, inquit Reiffest.: licet occupatio potissimum habeat locum in iis rebus, quae nullius antea sunt ac proinde iure gentium *fiunt primo occupantis* TANQUAM POTIORIS: tamen ad occupationem quoque reduci possunt capta ab hostibus, eo quod et haec, si sint mobilia, regulariter fiant primo occupantis.

Et haec aliquam veritatem habent ob analogiam seu similitudinem quoad modum, quo quisque militum rem suam facit, eadem ferme ratione ac v. gr. ad occupationis titulum reduci posset modus, quo mulierculae occupant ramos siccos, quos dominus silvae concedit generatim pauperibus vel occupant spicas post messem vel racemos post vindemiam vel castaneas post messem earum etc., vel ad modum, quo proiectas vel escas vel pecunias populus pro sua quique vi aut dexteritate carpit. Differt a donatione, quia qui haec largitur, non determinat personam donatariam, sed iuri occupationis res permittit.

Ceterum diligenter notant in bello (et quidem iusto) id intelligendum esse solum de bonis *mobilibus;* immobilia enim sunt Principis seu reipublicae bellum indicentis ac gerentis. Praeterea e censu horum mobilium excludi debent res sacrae seu ad finem spiritualem principaliter ordinatae, v. gr. calices, pretiosa paramenta etc. Insuper dispiciendum est, an leges aut consuetudo vigeat alia circa bona hostibus erepta, etiam mobilia. Notum est enim Davidis effatum 1. Reg. XXX. 24., omnia ablata in commune conferenda fuisse ac suam cuique partem, etiam custodientibus sarcinas tribui debuisse (Vid. Reiffest. tract. 4. disp. 7. n. 49.).

(a) *Inst. de rer. Division.* §. *Insula* sic habet: « Insula, quae in mari nata est (quod raro accidit), occupantis fit; nullius enim esse creditur ». Hinc Molina tom. 1. disp. 55. n. 2. censet, quod leges, quae modo adiacentes insulas, si nascantur, Regi applicant, intelligi debent comparative ad subditos eiusdem regni, si primi ipsi inveniant: non autem comparatione extraneorum, si prius eas hi occupaverint; his enim ius alterius regni praeiudicare non potest, quominus gentium iure utantur. In more autem seu iure gentium videtur positum, ut subditi cuiusque reipublicae, si vel insulam vel locum alium desertum reperiant, illum suae reipublicae addicant, praemio a principe vel republica accepto. Hic tamen occupationis modus, uti patet, ad *inventionem* revocatur.

De Inventione.

IX. Et quod attinet ad inventionem, quaedam res dominum nunquam habuerunt et hae fiunt primi occupantis. Venae tamen metallicae, lapidicinae, arenariae etc. non inventoris sunt, sed domini fundi, servatis utique legibus locorum propriis.

X. Aliae res dominum quidem habuerunt, at habere desierunt, sive quia proiectae ac derelictae sunt a domino, sive quia moriente domino vacant ob defectum heredis, sive quia olim infossae et absconditae fuerunt nec potest quis nunc demonstrare eas esse suas. Ea porro, quorum dominium quispiam abdicans dereliquit, primi occupantis evadunt, si sint mobilia; si immobilia, civiles leges inspiciendae, quarum vi fere cedunt fisco. Bona vacantia, sive mobilia sint sive immobilia, itidem ad fiscum pertinent. Infossae vero seu absconditae res, quae sub nomine thesauri veniunt, iure quidem naturae totae essent inventoris: at heic quoque spectandae legum dispositiones. Ex iure communi, si thesaurus reperiatur in proprio fundo, totus est inventoris: si in fundo alieno reperiatur et quidem casu, dimidia pars inventori, dimidia fundi domino cedit: si vero ex industria quaesitus fuerit, inscio fundi domino ac sine eius consensu, lex sancit, ut totus sit domini; quae tamen lex utpote poenalis obligat tantum post iudicis sententiam: si denique inveniretur arte magica, ex lege, utique poenali atque adeo obligante solum post iudicis sententiam, totus cederet fisco, licet innocens fundi dominus privandus sua parte non videatur.

Porro dominus fundi heic censetur qui habet dominium directum, non autem usufructuarius: si tamen in emphyteusim seu feudum bona sint concessa, emphyteuta ac feudatarius quoad hoc censentur fundi domini.

121. Ad varias quaestiones resolvendas distinguenda sunt 1° Bona, quae non constat ullum unquam dominum habuisse, 2° Bona, quae habuisse dominum aliquem constat, sed modo nullum habent, 3° Bona denique, quae dominum habent, sed ignotum.

Et quoad primum genus eadem ratio est bonorum, sive ea nunquam habuerint dominum, sive, licet habuerint, constare id tamen non possit. Instar exempli sit gemma in littore maris, de qua praesumitur, nondum habuisse dominum; at habere potuit dominum, qui tamen eandem gemmam, dum secus littus pertransiret, amiserit. Sed quoad rem nostram perinde est. Sic etiam perinde est de merula, quam capiam in silva, habueritne dominum olim, an non. Idem dicito de urso, simio, lepore, cuniculo, columba.

Itaque lapilli, gemmae, fragmenta auri, coralla etc. primi occupantis sunt. Idque naturae legem, ac rectae rationis dictamen postulare, ius ipsum civile edicit, ubi *in Inst. de rerum divisione*, §. *Ferae* inquit: *Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.*

122. Ab hac regula excipiuntur nonnulla, quae constituere videntur partem alicuius fundi atque adeo ad fundi ipsius dominum spectare censentur, nec ullum propterea ius ei acquiritur, qui primus haec detexit seu invenit.

Sic si quis in agro vel in domo detegat venam aquae, profecto dominium eius habet proprietarius agri vel domus, non autem qui primus vidit. Ita dicendum est de venis marmoreis, metallicis, arenariis, carbonariis etc.: quae omnia, exceptis fisci iuribus, si qua sint, ut infra, ad fundi dominum spectant, non ad eum, qui invenit.

Additum est, attendendas esse leges cuiusque regionis proprias; nam publica potestas dum facultatem facit proprietariis fundorum, ut e fodinis eruant vel metalla vel carbonem etc., simul aliquam portionem fructus reservare solet fisco publico.

123. Nunc de bonis, quae dominum habuere, sed quae habere desinunt. Et in primis considerari debent bona, quae *derelicta* dicuntur, quorum scilicet dominium dominus a se abdicasse censetur. Distingui autem heic solent mobilia ab immobilibus. Postrema haec cui cedere debeant, lex civilis solet providere et codices statuunt fere, ut fisco cedant, sed rarus est eiusmodi casus: ita v. gr. si advena quidam domum emptam incendat, vel incendio absumptam derelinquat, ut alio concedat.

Mobilia vero etiam ex iure civili fere sunt primi occupantis. Ita v. gr. quae e fenestris proiici solent: ita saepe fragmenta ruinarum post domum incensam. Huc spectant etiam quidam terrae fructus, quos primo occupantibus domini fundorum permittere solent, v. gr. fungos, aut glandes, castaneas, nuces, quas (postquam dominus collegit) perquirunt et inveniunt pauperculi: sic spicae vel racemi, quae manum oculumque messorum et vindemiatorum effugerint. Sic stramen seu foenum, quod e curru decidens relinqui per vias solet. Ita etiam quaedam herbae, quas tellus sponte fert (h. e. citra hominis industriam; nam constat nihil nasci sine semine: pluribus autem seminibus plenus est aer, qui ea huc illuc fert), sive ea ad victum hominis pertineant, uti cichorium, quod sponte nascitur in agris, vel gramen, quod alendis iumentis deservit: sic quidam flores, quos sponte tellus dat, uti violae etc.

124. Quando non constat certo, rem aliquam a domino esse derelictam, coniecturis id est iudicandum.

Et in primis si dominus facile rem suam recuperare potest ac tacet et negligit, verisimile est, eam dereliquisse ac contemnere.

Ceterum (inquit Molina tom. 1. disp. 55. n. 3.) de hoc (exemplum est libri, quem forte quis in mare coniecerit) deque his similibus nulla alia tutior ac melior statui posse videtur regula, quam similes eventus prudentum arbitrio esse relinquendos, ut spectatis circumstantiis omnibus concurrentibus coniiciant ac iudicent, an dominus rei censendus sit eam reliquisse.

Deinde huc bona spectant, quae *vacantia* dicuntur. Sunt autem, quae quis reliquit moriens, nullo facto testamento nec tamen adest ullus heres

intra duodecimum consanguinitatis gradum, ex iure civili apud plerasque gentes (a). Haec quaecumque sint sive mobilia sive immobilia, cedunt fisco.

125. Aliud bonorum genus, quod ex statutis civilibus non debet censeri inventori, complectitur bona in mare proiecta, aut e mari eiecta.

Ea de re Codex Iustinianaeus. Instit. lib. 2. tit. 1. *De rer. divis.* §. ultim.: « Alia sane causa est earum rerum, quae in tempestate levandae navis causa eiiciuntur; hae enim dominorum permanent; quia palam est eas non eo animo eiici, quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab iis, quae de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt ». Plures alias leges vid. allegatas a Molina. Tom. 1. disp. 55. n. 3.

126. Idem l. c. n. 3. de bonis naufragio dispersis sapienter sic loquitur: « Quae in tempestate ita iactantur, ut verisimile non sit, dominos, esto mortem evadant, reversuros esse neque alios illorum nomine ad illa quaerendum ac recuperandum, verisimile est haberi a propriis dominis pro derelictis, idque affirmare videtur l. *Falsus* §. *si iactum* Dig. *de Furtis* ».

« Regulariter vero quae vi tempestatis iactantur aut ex naufragio accipiuntur, habenda non sunt pro derelictis, ut constat ex l. cit. ».

« Sunt vero iniquae quorumdam locorum leges, quae statuunt, ut huiusmodi bona, tanquam aberrantia, efficiantur domini loci, ad quem appulerunt ».

127. Quod vero dicitur de bonis in naufragio, a fortiori valet in occasionibus incendii. Quae enim a domo incensa eripiuntur vel accipiuntur, nequaquam habenda sunt pro derelictis, sed propriis restituenda sunt dominis. Neque enim dominus censetur permittere aliis ea, quae vel ipso spectante quique ab aedificio incenso auferunt, vel ipso absente quique incendio subtrahunt. Id valet; etiamsi rem subtraxeris incendio cum periculo tuo et res alioquin peritura fuisset. Potes tamen compensationem exigere a domino labori ac periculo tuo congruam. Lugo disp. 6. n. 99.

128. Exinde regula aliqua desumi potest circa ligna et alias eiusmodi res, quae fluminum vi, praesertim dum aquae exundant, asportantur. Nam pro lignorum seu rerum qualitate, distantia domini, industria apposita ad illa recuperanda et aliis eiusmodi adiunctis diiudicandum est, an habenda sint pro derelictis atque adeo primi occupantis sint effecta. Quod si talia sint, ut merito praesumi debeat, voluntatem domini esse ut sibi restituantur, tunc dominus ipse tenetur solvere pro industria ac labore, qui illis

---

(a) Ius italicum non agnoscit vinculum cognationis ultra 10^{m} gradum. C. C. art. 48.: tot autem sunt gradus, quot generationes, art. 49.

recuperandis impensus fuerit. Poterit etiam is, qui ea in suo praedio habet, iudicio agere ac petere, ut lignorum domino tempus constituatur, in quo vel illa inde auferat, aut habeat pro derelictis: transacto autem eo tempore, si domino praedii adiudicentur, sibi eorum dominium hic comparat.

De Thesauris.

129. Veniendum ad aliud bonorum genus, quae alio titulo inter bona derelicta seu domino carentia habentur et *thesauri* appellantur. Definitur autem thesaurus « *vetus quaedam depositio pecuniae, cuius* (depositionis scil.: Gury §. 575. refert illud *cuius* ad *pecuniam,* male, ut patet) *non exstat memoria, ut iam dominum non habeat* ». Ita in leg. *Nunquam* Dig. *De acquir. rer. dominio* (a).

Quanquam autem dicatur *depositio pecuniae,* nomine tamen pecuniae veniunt quaevis opes mobiles, uti gemmae, vasa, urnae, catenae, nummi aurei vel argentei, statuae etc. Ita et l. *unica C. De thesauris,* ubi legimus: « Thesaurum, idest condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia ».

Dicitur *depositio vetus:* quia nisi vetus ita sit, ut memoria eius exstare nequeat, non censetur proprie dictus thesaurus. Itaque si inveniatur cista vel olla nummorum et, sive ex recentioni aliquo nummo permixto vel ex alio indicio v. gr. cistae, ollae etc., dignoscatur non ita pridem, puta tempore novissimi belli, pecuniam absconditam, talis cista non potest dici proprie thesaurus, sed restituenda erit domino, si sciatur, vel computanda erit inter bona incerta eodemque modo de ea statuendum, ac de ceteris *incertis* bonis, erit.

Dicitur *depositio;* nam requiritur, ut olim id repositum seu infossum aut reconditum fuerit. Ergo ruinae ac reliquiae v. gr. alicuius antiqui aedificii, utut pretiosae sint, non censentur proprie thesaurus. Ergo si faber murarius aut vineae operarius effodiendo inveniat opus musivum, utut pretiosissimum, non potest habere ut thesaurum (b).

Apposite de hac re Molina tr. 2. disp. 53. n. 2.: « Ad rationem thesauri duo necessaria sunt. Unum, ut fuerit quondam repositus. Alterum vero, ut tantum intercesserit tempus, quod domino iam careat. Hinc si nomen aut aliud signum esset appositum, e quo heredes nosci possent, thesaurus esset restituendus. Libuit distinguere thesaurum a ceteris mobilibus rebus, quae tempore antiquo dominum habuerunt:

(a) In iure italico thesaurus est: quodlibet obiectum mobile pretiosum, absconditum aut latens sub terra, cuius nemo probare possit se esse dominum. C. C. art. 714.

(b) Habenda est tamen ratio legum civilium, seu definitionis thesauri, quam statuunt; nam apud recentiores e. g. amplior est notio thesauri. E.

quoniam de acquisitione dominii thesauri sunt quaedam peculiaria positiva iura eaque ratione de eo speciatim disputandum ».

Et sane discrimen inter ea, quae nomine thesauri proprie dicti veniunt, atque ea, quae non censentur thesaurus, incurret statim in oculos, si putetis, v. gr. fabrum murarium, dum effodit fundamenta, si reperiat duas columnas marmoreas, utut pretiosas valde, nihil sibi lucrari (a), contra vero ius sibi esse in partem rei inventae, si haec thesauri *ex Legibus* rationem habeat. Item cum non censeantur tanquam res, quae olim fuerint reconditae aut infossae, *nummi, annuli, instrumenta et utensilia* vetera, quae per agros inveniuntur, sed potius res *deperditae* vel *derelictae*, hae non sequentur leges statutas pro thesauris. Hinc male Gury §. 575. res perditas coarctat ad res ordinarie *recenter* perditas; quia sic illa vetera deperdita transirent in thesauri indolem, quod ad falsas resolutiones duceret.

130. Thesaurus, si ius naturae spectetur, cum non possit censeri pars fundi, in quo iacet (b), neque considerari possit uti fructus fundi, hinc nullo modo est domini ipsius fundi: sed sequitur normam aliorum, quae nullius sunt ac propterea est primi inventoris, seu primi occupantis; nam in hac re, invenisse idem censetur atque occupare seu ius habere occupandi.

131. Sed ius civile huic rei moderari ubique consuevit ac nos breviter exponimus, quae servari ex iure communi consueverint. Videlicet 1° si idem sit et fundi dominus et inventor thesauri, totum thesaurum sibi acquirit.

Non potest autem negari, quod leges potuerint iustas ob causas impedire, quominus inventor acquirat (aut totum aut etiam ex parte) sibi thesaurum, et haec alteri applicare Lug. disp. 6. n. 112.

2° Si extraneus inveniat thesaurum, duplex ex legibus casus distinguitur. Nam si *fortuito* extraneus ille thesaurum reperit, hic dimidiatim dividitur inter inventorem ac dominum fundi. Cumque dominium ex dimidiata parte acquiratur fundi domino ex vi legis, hinc inventor tenetur ante omnem iudicis sententiam eidem domino partem suam ex conscientia tribuere. Si autem non casu, sed *de industria* thesaurum quaesivit, *domino inscio* atque adeo sine huius consensu, vi legis totus thesaurus ad dominum fundi spectat. Inst. l. 2. tit. 1. §. 39. l. unic. C. *de Thesauris* (c).

(a) Cum haec ac similes reliquiae spectarent olim ad aedificium adhaerens fundo et sub dominio fundi contentum nec sint reapse quid *depositum*, videntur censeri adhuc in eadem esse conditione et ad dominum fundi pertinere. E.

(b) Secus dicendum, si muri, quos detegis, domus, constent ex. gr. pretiosis lapidibus: qui detegis, nullum ius habes; quia sunt pars fundi dominum habentis. E.

(c) Ita et ius gallicum art. 716. et italicum art. 714. Aliter in Anglia, ubi statuitur, omnes thesauros ad regem vel rempublicam pertinere et olim qui thesaurum inventum

Quia tamen quoad partem inventoris propriam domino fundi in casu cedendam, lex videtur esse poenalis propter iniuriam domino illatam (ius enim dominus habet, ne quis, se inscio et sine sui consensu, fundum proprium fodiat atque in eo quaerat); non videtur haec lex obligare ante sententiam iudicis condemnatoriam idque communiter tenent doctores. Molina tr. 2. disp. 56. n. 2. allegat Caietanum, quasi hic statuat ad 2. 2. q. 66. art. 5. ad 2^{m}, *omnem* legem civilem de hac re non esse poenalem et ideo obligare ante sententiam iudicis. At Caietanus in praeced. solas leges memoraverat, quae non versantur circa crimen. Ergo haec non dixit de casu praesenti, neque, etiamsi dixisset, audiendus foret, quia id manifeste falsum est.

3° Si arte magica seu alia arte legibus odiosa et prohibita inveniatur thesaurus, iure civili totus thesaurus cedit fisco. Colligitur ex l. cit. C. *de Thesauris*. Sed duo pariter addenda heic sunt. 1° Hanc iuris ordinationem esse in poenam criminis, uti patet: ergo valere heic debet quod generatim de poenis in iure eodem cavetur, videlicet neminem ad poenam teneri sibi infligendam et idcirco legem valere solum post condemnatoriam sententiam iudicis. 2° Etiam post sententiam iudicis non videtur applicanda fisco ea pars, quae non ad inventorem iniquum, sed ad fundi dominum de iure spectat: hic enim, cum supponatur innocens, non debet sine culpa puniri. Secus, si dominus in crimen consensisset.

132. Quid si quis quaerat, venia prius petita a domino fundi? Praeferenda videtur sententia eorum (vid. Lug. disp. 6. n. 114.), qui dicunt, totum heic pendere ex modo, quo facultas conceditur et ex circumstantiis iudicandum esse, an facultatem absolute concedat dominus, an vero sub conditione acquirendi sibi saltem partem. Lugo vero, in primis statuit ad summum deberi domino dimidiam partem; quia leges non applicant ei totum, nisi in poenam, si quis absque domini consensu et scientia quaesivit. Nam potuisset quidem dominus negare veniam quaerendi, nisi promitteretur sibi plusquam dimidium ceu praemium licentiae; at si pactum illud non expresse apposuit, nulla exstat ratio, cur illi plusquam dimidium debeatur.

Sed idem Lugo addit, neque hanc quidem partem deberi, si in pactum deducta non fuerit, nisi forte dolus dederit causam licentiae. Ratio est, quia leges duo solum statuunt, nempe 1° ut dimidia pars cedat domino fundi, si fortuito thesaurus fuerit inventus: 2° ut domino totus cedat, si

---

occultaverat, poena capitis plectebatur; nunc vero mulcta et carcere puniri potest. « Sed haec praescripta, ait Crolly I. n. 642., non obligant ante sententiam et nullus inter nos invenitur, quamtumvis timoratae conscientiae, qui thesaurum a se inventum non sibi appropriaret. Re autem cognita, thesaurum regi tradere cogeretur, sed nunc vix alio modo puniretur ». Ex Lehmkuhl. V. 1. p. 552. not.

industria inventoris et sine domini consensu quaesitus et repertus thesaurus fuerit: alium vero casum, quod scilicet ex industria quaeritur, sciente tamen et consentiente domino, lex praetermisit; quia videlicet supposuit, quod dominus sibi posset consulere ac deducere in pactum partem, quae sibi pro concessione licentiae redderetur. Itaque si dominus sibi non consulit, tunc ille casus videtur relictus iuri naturae et gentium, secundum quod nihil prorsus debetur domino, sed totum acquiritur inventori.

133. Nonnullae autem heic adduntur quaestiones de domino fundi.

Et in primis cum fundi alicuius dominium ad plures spectare possit ita, ut alter *directum*, alter vero *utile* habeat: quaeritur, utri cedere debeat vel pars thesauri inventi fortuito, vel totus thesaurus quaesitus ex industria.

Et quidem lex prospexit expresse pro casu, quo agatur de usufructuario. In Leg. enim *Fructus* §. 12. Dig. *de Soluto matrimonio* statuitur, thesaurum inventum in fundo dotali, in quo vir habet usumfructum, non deberi viro sed uxori, cuius est fundus; quia thesaurus non est fructus fundi. Porro si id tenendum est de fundo dotali, cuius dominium *naturale* quidem inest uxori, at *civile* inest marito: a fortiori dicendum est, quando usufructuarius neque habet dominium civile et a fortiori dicendum idem est de agri conductore aut si ager datus in pignus fuerit aut hypotheca constrictus. Ratio autem generatim haec est, quia ius pignoris vel conductionis vel ususfructus non dant licentiam ad ea, quae non ordinantur ad fructus percipiendos, cuiusmodi est acquisitio thesauri (a).

134. Alia est quaestio, si thesaurus inveniatur in fundo, qui constituit *maioratum* seu *fideicommissum*. Dubitari enim posset, an pertineat thesaurus ad possessorem maioratus absque obligatione conservandi et transmittendi ad successores, tanquam si esset pars fundi.

Verum doctores merito decernunt, vel partem thesauri (si alius fortuito inveniat), vel totum si aut ipse possessor inveniat (sive casu sive ex industria: quia non requiri debet heic consensus alterius domini, qui nullus adest, sed ipse actualis est dominus, ac proinde non quaeritur sine scientia et consensu domini) aut alius ex industria, possessori maioratus addicendum. Ratio est, quia licet non sit fructus fundi, est tamen emolumentum et lucrum proveniens domino actuali. Exemplum habes in Episcopo, qui debet utique transmittere ad successores fundos Episcopatus: at si rex v. gr. singulis Episcopis sui regni daret decem millia aureorum, non teneretur hosce Episcopus transmittere ad successores; quia licet non sint fructus Episcopatus, sunt tamen lucrum et emolumentum ortuitum perceptum occasione Episcopatus.

(a) Ius quoque italicum C. C. art. 714., de solo proprietario loquitur, cui vel totus thesaurus vel pars dimidiata debetur.

135. Quando vero agitur de feudatario vel emphyteuta, communior est sententia, dominium fundi in ordine ad effectum lucrandi ex thesauris inventis penes ipsos remanere.

Ratio est (Lugo disp. VI. n. 123.), quia licet proprietarius soleat feudi dominus appellari in iure ad significandum ius magis permanens et radicatum, quod magis inamissibiliter habet; de vero tamen dominio plus participat feudatarius quam proprietarius: hic enim quoad facultatem disponendi de re in suam utilitatem retinet solum potestatem quandam conditionatam, si nempe feudatarius non servet pacta, quo casu fundus recideret ad proprietarium; feudatarius autem e contra plus disponere ad utilitatem suam potest: unde in ordine *ad emolumenta* et effectus censetur dominus magis feudatarius, quam proprietarius. Et reipsa in *Iure* feudatarius, vel emphyteuta vocantur etiam *domini*. Ratio autem a priori est, quod feudatarius non est merus usufructuarius, sed est substitutus domini, quem hic irrevocabiliter sibi substituit in ordine ad omnia quae ipsi domino competerent, exceptis tantum nonnullis in contractu expressis. Cum ergo excipi non soleat inventio seu acquisitio thesauri, infertur quod feudatarius, qui in omnibus repraesentat dominum, possit, non secus ac potuisset proprietarius, pro lubito quaerere atque acquirere thesauros (a).

Molinae tamen disp. 56. n. 9. placuit aliorum sententia, qui ad hunc effectum putarunt, tum proprietarium tum feudatarium seu emphyteutam habendos esse ex aequo dominos: quocirca dividendum esse ex aequo emolumentum, quod ex diversis circumstantiis domino competit: videlicet 1° si inveniat casu extraneus, dimidiata pars domini dividenda est inter eos: 2° si ex industria extraneus quaesivit, cum totum domino cedat, dimidium singuli habebunt: 3° si alteruter eorum casu inveniat, habebit partem propriam inventoris, sc. dimidium uti inventor, atque insuper dimidium habebit dimidii, quod spectat ad dominum fundi: 4° denique si inscio altero et sine eius consensu quaerat, nihil habebit ex titulo inventoris; at cum totus thesaurus sit domini, hinc ipse titulo dominii, quod ex aequo ei competit ac alteri, dimidium habebit.

136. Quaeritur quid sit statuendum, quando thesaurus inveniatur in fundo, cuius dominium non quidem ad privatam personam, sed ad communitatem, ad civitatem, vel ad fiscum pertineat.

Quidam de hac re ita loquuntur, quasi fiscus seu civitas aut communitas locum personae ita teneat, ut quaecumque de privato dicta sunt, huc revocari debeant. Verum advertendum id, quod cavetur in iure, *Instit. de rer. divis.* §. *thesauros,* ubi dicitur: « Si quis in fiscali loco vel

(a) Ita el ius italicum quoad emphiteutam. C. C. art 1561.

publico vel civitatis, thesaurum invenerit, dimidium ipsius esse et dimidium fisci vel civitatis ». Porro cum nulla heic distinctio casus occurrat, repereritne casu an industria quis thesaurum, inventor semper habebit dimidium.

137. Si vero quaestio fiat de thesauro invento in loco sacro, doctores censuere distinguendas binas locorum sacrorum species; quaedam enim distinguebantur loca sacra, quae sint sub speciali alicuius dominio, v. gr. monasterii aut ecclesiae et tunc decreverunt, servanda esse ea, quae servantur cum aliis. Alia vero distinguebantur loca sacra, quae spectatis antiquioribus Adriani et dein Iustiniani legibus, nullius erat in bonis. Quoad haec vero, cum statutum fuisset, ut totus esset inventoris thesaurus casu repertus, ex dimidio autem cederet fisco, utique si quaesitus esset ex industria, ut patet coll. *Lege* 3. §. *Si in locis* Dig. *de Iure fisci*, aequum autem esset, ut Ecclesia succederet loco fisci; hinc statuebant, thesaurum casu in his locis inventum totum esse inventoris, ex industria vero quaesitum ex dimidio ad Ecclesiam spectare. Ceterum advertit Lugo vix posse nunc assignari locum sacrum, qui nullius omnino dominio subsit. Vid. Lugo disp. 6. n. 116. et Lessium lib. 2. cap. 5. dub. 16. n. 64.

138. Quae huc usque dicta sunt, innituntur, ut ab initio praemisimus, dispositionibus iuris civilis, quod dicitur commune seu romanum. Verum iura peculiaria subinde aliter disposuerunt, quod prae oculis habendum est, ne ex lectione Doctorum occasio adsit erroris. Sic peculiares Hispaniae leges suae aetatis memorat Molina tom. 1. disp. 56. n. 10.; sic s. Alphonsus, lib. 3. n. 612. veteres Neapolitani regni leges memorat, vi quarum modo totus thesaurus soli fisco, saltem tertia pars, cedebat, partem quoque fisco addictam in veteri Codice Austriaco memorat Scavini, pag. 214. not. 4.

At modo Codices fere omnes prope congruunt cum dispositionibus veteris iuris communis, uti patet ex collatione apud Scavini (l. c.).

139. Quoad inventorem, ad quem spectat titulo inventionis thesaurus, advertendum, necesse non esse, ut qui invenit, etiam manu apprehendat et occupet, sed satis est, ut detegat seu reperiat ac simul velit sibi acquirere. Hinc si quis primus viderit thesaurum, alius autem indicatum ab illo apprehendat ac velit prohibere, ne primus ille occupet: nihil impediret, quominus priori illi ceu inventori adscribatur.

Secus tamen dicendum, si quis artificem ad hoc conducat, ut in quaerendo thesauro laboret. Est enim artifex veluti instrumentum neque suo nomine sed conductoris invenire censetur.

140. Quaestio demum haberi solet, an liceat pretio communi emere agrum, in quo quispiam noverit latere thesaurum, nihil scilicet de thesauro ibi latente dicendo.

Et communis quidem (ac verior, ut inquit Lugo disp. 6. n. 126) sententia est, licite emi agrum illum pretio communi. Et pro hac sententia stat etiam s. Thomas 2. 2. q. 66. art. 5. ad 2., qui inquit : « Eadem ratio est (sc. concedi occupanti) de thesauris antiquo tempore occultatis, quorum non exstat aliquis possessor; nisi quod secundum leges civiles tenetur inventor dare medietatem domino agri, si in alieno agro inveniatur. Propter quod in parabola Evangelii dicitur Matth. XIII. 44. de inventore thesauri absconditi in agro, quod emit agrum, quasi ut haberet ius possidendi totum thesaurum ». Ubi advertendum, s. Thomam utique huc revocasse parabolam Christi Domini: communius tamen hoc argumentum non censeri omnino efficax, ideo quia in parabolis non omnes actiones sunt per se honestae, uti patet in parabola de villico iniquitatis.

141. Licet vero communiter hanc sententiam teneant Doctores, non conveniunt tamen in ratione afferenda. Sunt (vid. Lugo disp. 6. ibid. n. 127.) qui hac ratione utuntur: Thesaurus domino agri nequaquam acquiritur ante eius inventionem; secus non acquireret sibi quidpiam inventor. Thesaurus ergo, nondum inventus, non est in dominio domini agri, nec suus est. Quod ergo dominus habet ceu suum, tunc est solus ager, prouti a thesauro condistinguitur. Porro quando solvitur pretium iustum respectu illius, quod solum dominus agri potest tanquam suum vendere, nulla intercedit iniustitia ex parte emptoris.

Lugo ibid. affirmat, hanc rationem difficilem ad tuendum esse: attamen ex contextu inspecto apparet, id a Lugo affirmari potius ad hominem.

Videlicet, ut ipse ratiocinatur, licet thesaurus non sit in dominio alicuius ante inventionem atque adeo dominus agri non sit dominus thesauri; tamen utilitas inde profluens, quod in agro sit thesaurus, est aliquid pretio aestimabile et quod est in dominio illius domini: iam enim habes ius ad dimidium thesauri si quando inveniatur, imo totum, si ipse inveniat et hoc ius, exstante reipsa thesauro in agro, reddit ipsum agrum dignum maiori pretio et per consequens non potest emptor maiorem eius valorem dissimulare.

Verum huius difficultatis vis facile ostenditur plane infirma. Nam si thesaurus reipsa auget valorem agri, augeret etiam quidvis aliud ibi occulte iacens, v. gr. vena aquae, vena metallica, imo a fortiori; nam maius quoddam ius videtur habere fundi dominus ad venas metallicas vel marmoreas, quae potiori iure censeri per se possunt veluti fundi pars, quam ad thesaurum, quem nemo ceu fundi partem habuit. Illas ad fiscum vel ex toto vel ex parte spectare quidam contenderunt, ut ostenderent, leges civiles quasdam de hisce esse iustas, quarum hanc rationem reddebant, quod haec bona a natura dari censenda sunt reipublicae et in bonum communitatis, non vero privatis hominibus et in horum tantummodo bo-

num. Quae ratio non revocabat in dubium ius *potius* domini fundi ante alios omnes.

Verum communis et verior est sententia, ait ipse Lugo disp. 6. n. 107., venas has pertinere de iure gentium ad dominum fundi. Quia ea mineralia inter ipsos terrae fructus naturales computari debent; sicut fons aquae in agro forte scaturiens ad dominum agri pertinet, multo magis metallum, quod neque ab extrinseco advenit neque extra agrum effluit, sicut aqua, sed terrae adhaeret permanenter, pars fundi censendum est. Id quidem spectato iure naturae; quamvis civiles leges valeant illud, ob alias causas, temperare.

Porro si haec agri valorem augerent, id verum esset, etiamsi qui emit agrum, idipsum ignoraret: ergo si multo post emptionem tempore apparent mineralia, deberet emptor antiquo venditori agri reddere augmentum pretii: neque enim refert, quod emptor id prius ignoraverit. Et patet a pari; nam si rusticus ignorans alteri rustico ignoranti vendat vilissimo pretio pretiosissimam gemmam vel picturam, cognito postea valore aut emens reddere debet gemmam aut pretium augere. Atqui nemo unquam cogitavit de restituendo augmento pretii, si quando in fundo vel venae aquae vel ruinae pretiosae vel aliae magnae utilitates repertae dein sunt neque ii, a quibus vel ipse vel antecessores emerunt, id exigunt. Ergo fatendum est, pretium agri non desumi ex eo, quod ager habeat iam utilitatem illam in se et haec sit in dominio possessoris. Ergo licet thesaurus aut vena metalli latens esset in eius dominio, non ideo tamen emptio facta pretio communi, dum haec utilitas communiter ignoratur, damnanda esset sicut iniusta.

142. Sed validior ratio, cur agrum, in quo thesaurus latens cognoscitur, quis communi pretio possit emere, in eo residet (vid. Lug. disp. 6. n. 128.), quod iustum rei pretium praecise desumitur non ex maiore utilitate, quam e re percipere quispiam singularis noverit, sed ex communi aestimatione hominum. Quamvis enim res in se utilissima sit, dum tamen homines communiter eam rem parvi faciunt, parvo emi pretio potest, dummodo ignorantia non sit circa rem ipsam.

Sic licet pharmacopolae vilissimo pretio emere fascem herbarum, quae vendi soleant ad iumentorum pabulum, cum tamen utpote peritissimus aliquam herbam novit esse utilissimam.

Sic qui novit, post aliquod tempus curiam v. gr. pontificiam vel imperialem digressuram ad aliquem locum, ut diu ibi moretur, ex quo eventu fit, ut illius v. gr. pagi vel oppidi domus maximo pretio locentur, licite potest domos illius oppidi vili pretio conducere, licet propter decretum illud principis, utut nondum promulgatum, domus illae multo utiliores evadant: dummodo eas conducat pretio iusto secundum communem praesentis temporis aestimationem.

Et ratio semper eadem est, quia nempe maior utilitas, quam res habet, soli emptori cognita, non auget aestimationem eiusdem communem: haec autem aestimatio est immediata regula et mensura pretii iusti.

Haec autem ratio aeque valet, ubi agitur de thesauro vel vena latente; dum enim latet, non auget humanam aestimationem agri: ideo iuste emit, qui cum pretio communi emit. Et sic emit non quidem thesaurum (dum enim latet non venditur; quia nondum est venditoris), sed ius ad thesaurum ibi exsistentem vel ad partem illius: ius tamen emit latens adhuc, sicut et latens est ipse thesaurus et ideo iuste emit pretio inferiori, quia ius latens in eo statu non plus valet nec pluris solet vendi vel aestimari; unde emptor sive sciat sive nesciat, non tenetur postea ad restituendum aut ad augendum pretium, si reperiatur thesaurus seu vena metalli.

Nec intervenit ignorantia rei venditae: Nam venditor utique scit, se vendere agrum cum iure ad metalli venam vel ad thesaurum latentem, si inibi sit.

143. Addendum heic quod habet Lugo disp. 6. n. 129.: scilicet parum referre, quod thesaurus lateat in re mobili potius quam in terra, cum utrobique lateat et in eo statu nullius sit in bonis. Quocirca si thesaurus forte lateret in re mobili, proportionate applicanda sunt principia, quae valent ubi sermo est de re immobili. Nam quod lex statuerit tantum de inventione in *solo* alieno vel proprio, ideo dictum est, quia thesauri communiter in re immobili latere solent.

Ergo 1° Si in mobili re alterius, v. gr. in veteri quodam armario domini seu heri sui servus aut ancilla casu inveniret thesaurum repositum, dimidii ius habet: si ex industria, totus esset domini post sententiam. Supponitur autem, non constare, illud armarium fuisse semper eiusdem familiae; secus, si v. gr. insignia familiae haberet et locus depositionis de industria fabrefactus appareret.

Ergo 2° Si thesaurum quispiam inveniat in propria re mobili, totum sibi acquirit.

Ergo 3° Si quis emeret rem mobilem ac dein thesaurum, de quo nihil suspicabatur, in ipso inveniret; non tenetur priori domino quidpiam reddere.

Ergo 4° Si domo v. gr. partim exusta partim diruta, herus vendat reliquias trabium et quispiam eas ad comburendum emat ac forte in iis thesaurus inveniatur, totus erit emptoris.

Ergo 5° Si eiusdem aedificii tui diruti fragmenta dum separantur, prodiret thesaurus, partim erit inventoris, partim tuus: neque inde discrimen accedit, quod lignum v. gr. prius aedificio esset coniunctum, nunc vero non sit.

144. Ex his peti potest solutio aliquorum casuum: v. gr. 1° Miles inter praedandum rapit capsulam (baule) vel sacculum, in quem scrutans nihil

reperit praeter linea aliaque usui personae accommodata; quem proinde vendit. Emptor vero in secreta eiusdem parte reperit magnam auri vim. Retinebitne an restituet et cui restituet?

2° Cum capta fuerit urbs seu expugnata, reperiuntur ibi plurimi sacci farinae, orizae etc. Quae omnia cum dux, alio necessario profecturus, nolit secum asportare, ob grave incommodum, vendit alienigenae mercatori; at mercator dein inter farinam reperit annulos, gemmas, torques, pecunias etc. Potiturne mercator iis divitiis, aut quid agat? Et siquidem venditi sint sacci eo pacto, ut mercator alibi eandem quantitatem administrandam curet, si inter mensurandum prodeant illae divitiae, cuius erunt?

Resp. Lugo disp. 6. n. 130. Si in depraedatione voluit miles aut dux saccos occupare, quidquid id esset, quod intus contineretur, factus est dominus auri etc. Si autem intentionem limitavit ad linea, quia nihil aliud ibi contineri credidit, non acquisivit aurum. Hoc interim non est in nullius bonis, sed est in dominio hostis, cum miles non voluerit adhuc illud acquirere. Unde si qui emit saccos, ius habet hostem expoliandi, potest quasi in praedam illud sibi acquirere. Sin minus, debet vel antiquo domino, qui adhuc dominus esse permanet, reddere: vel debet manifestare praedam illis, qui ius habent praedandi et ab eis minori pretio emere illud, quasi in praemium manifestationis et occasionis lucrandi, quam potuisset eis non offerre.

Quaerit tandem Lugo ibid. n. 131., an leges circa thesauros obligent in conscientia. Respondet, leges, quae sint poenales (cf. n. 131. 2. 3.), obligare post sententiam iudicis. Alias videri obligare in conscientia, cum iustas ob causas transferunt dominium rei in fiscum vel dominum agri. Sunt enim tunc iustae.

XI. Aliae demum inveniri possunt res, quae dominum quidem habent, sed ignoratur quisnam sit, cuiusmodi sunt res nuper amissae.

De his sicubi exsistat lex sanciens, ut post adhibitam ad dominum inveniendum diligentiam rei valori congruam et post elapsum fixum quoddam temporis spatium, si dominus non compareat, res cedat inventori; hic eam tuto retinere potest nec quicquam debet priori domino, si dein forte reperiatur.

Quid vero cavendum sit, ubi nulla exsistit eiusmodi lex civilis et spectatis rei, loci, temporisque adiunctis verisimile non est, inveniri dominum rei posse, non una est doctorum sententia. Alii enim rem inventam in pauperes aut pios usus ex praesumpta domini voluntate impendendam censuerunt. Alii vero non minus probabiliter statuerunt, priori domino, cui moralis possibilitas rei reperiendae dempta est, dominium deperire atque adeo nihil opus esse de voluntate illius coniectare: rem ergo ceu derelictam habendam esse ac proinde inventorem eam uti propriam habere exinde posse. A quo momento ita praescriptio potest incipere, ut, si post legitimum tempus elapsum prior dominus appareat, nihil ei ullo ex titulo debeatur.

145. Illud in primis advertendum est, eum qui rem perditam reperit, non eo ipso fieri eius dominum, titulo scilicet inventionis. Ratio est, quia

occupatio rei, *ceu suae,* tunc solum locum habet, cum res domino censetur carere. Id autem quoad res perditas non statim praesumitur. Titulus *inventionis* solum efficit, ut si detegatur, inventum bonum non esse in bonis ullius, inventor prae aliis possit occupare et facere suum.

Ex eo autem quod res in dominio adhuc alterius censenda est, obligatio exoritur quoad eum, qui invenit, de domino inquirendo.

Obligatio scilicet, gravis pro rei gravitate, urget quemque, ne impediat, quominus dominus recuperet rem suam.

146. Duplex tamen distingui potest et debet obligatio: altera, quae ex sola caritate exoriatur, altera quae ex iustitia sit.

Et quod pertinet ad obligationem ex caritate ortam, haec in primis suadere potest, ut rei inventae, quam apprehendere non teneris, apprehendas tamen, ut ne pereat domino, ut infra dicitur. Tum haec urgere potest non modo illum, qui rem repertam apprehendit, sed et alios et potest, ut ita dicam, esse communis. Videlicet cum medium ad rem domino restituendam aptissimum sit, vel evulgare notitiam de re inventa, quoties verisimile sit, id prodesse posse, vel (idque multo magis) quaerentibus rem suam indicare, ubinam illa iaceat; ex caritate quisque tenetur ad eiusmodi officia. Dixi *ex caritate;* quia nullus alius intercedit titulus, quo obligentur homines ex iustitia et idcirco quisquis huic officio desit, non tenetur ad restitutionem. Teneretur tamen ad damnorum reparationem ille, qui rem suam quaerenti diceret mendaciter v. gr. vel rem periisse vel delatam Venetias, quando ipsa Patavii servaretur: ratio est, quia ius strictum inest cuique ne per dolum ac fraudes aut impediatur a re sua recuperanda aut ne ad graviora incommoda adstringatur.

147. Quoad eum autem, qui rem inventam penes se retinet, duplicem habet obligationem: alteram quidem ex caritate circa rem ipsam, alteram vero iustitiae circa dominum rei perditae.

Ex caritate quidem tenetur rei ipsi curam, si qua necessaria sit, adhibere, ne damnum patiatur aut etiam pereat: quod intelligi debet tum de custodia eius suscipienda (si fieri possit sine incommodo gravi comparate ad rei valorem), tum de ipsa rite custodienda. In quo tamen peccari potest et contra iustitiam.

Ex iustitia enim tenetur 1° praecavere ea rei damna (si sine gravi potest incommodo), quae ipsi rei neque advenirent, si relicta fuisset v. gr. in via vel ecclesia, ubi iacebat. Sic qui inventum horologium vel non custodit caute vel filiolo v. gr. tradit ad ludendum, ita ut frangatur, ex iustitia tenetur damnum reparare; nam liberum quidem ipsi fuit (quoad iustitiae obligationem) non apprehendere rem: at dominus, qui amisit, ius habet, tum ne quisque eam destruat tum etiam ne noceat ei ille, qui in custodiam suscipit.

2° Peccare potest contra iustitiam, si impediat, quominus dominus rem suam recuperare queat: v. gr. rem occultando ita, ut non possit dominus rescire, rem apud eum latere.

At vero quisnam censetur rem occultare? nempe non modo is, qui caute celat, se rem reperisse, sed praeterea et is, qui media non adhibet eiusmodi, quae idonea sunt ad rei restitutionem peragendam. Medium autem est disquirere de domino, quod fit, quando mediis ordinariis inventae rei notitia vulgatur.

148. Ut vero intelligatur, quomodo peccari possit etiam contra iustitiam, recolenda sunt quae Doctores communiter tradunt de *negotiorum gestoribus*, de quibus Molina tom. 2. dispp. 553. 554.

« Obligationes, inquit Molina l. c. disp. 553. n. 7., quae cum non oriantur ex contractu, eo quod nullus contractus praecesserit..., appellatae sunt ex quasi contractu radicesque, unde proficiscuntur, quasi-contractus nuncupatae sunt. Inter eas vero (obligationes) praecipuum locum tenent, quae ex eo proficiscuntur, *quod unus absque mandato formaliter aut virtute, negotium alterius... utiliter egit*. Postulante enim id tum ipsa rei natura tum etiam communi bono, ne res et negotia absentium et minorum detrimentum paterentur, constitutum est, ut utrinque oriretur obligatio ».

Res ergo ita se habet, ut dum rem reperio alterius, non tenear quidem ex iustitia (nam teneri possum ex caritate ad cavendum ne aut pereat aut diripiatur) ad custodiam suscipiendam; at si custodiendam suscipio, profecto quasi-contractus intercedit non secus ac in gestore negotiorum, ut violari possint *iustitiae* officia. Hinc Laymann lib. 3. tract. 2. cap. 4. n. 3. in fin.: « Si dominus rem suam per se vel per aliam personam recepturus et servaturus fuisset, tunc si ego praeveniam et rem accipiam, tacite me obligare videbor ad tantam rei custodiam praestandam, quantum ei dominus vel alter ille praestitisset; nam alioquin damnum iniustum domino inferretur, quippe qui merito invitus est, ut res, nisi sub tali obligatione, auferatur ».

Et Lugo disp. 6. n. 132. « Si aliquis, cum deberet, non quaesivit dominum ob suam culpam, iam tunc inciperet (res) debita esse ex delicto, cum ob eius culpam dominus re sua caruerit ».

De quanta autem culpa teneatur, dimetiendum est 1° ex generalibus regulis gestorum negotiorum, quae servata proportione accomodantur etiam custodibus rerum amissarum: 2° ex circumstantiis.

149. Quoad negotiorum gestores haec in rem nostram habemus (vid. Molin. tom. 2. disp. 553. n. 4.). 1° Si negotia erant deserta, quae nullus alius erat gesturus, tunc negotiorum gestor tenetur solum de dolo, seu de *lata culpa*, quae *ex Iure* aequiparatur *dolo*. Cum quispiam aut omittit,

quod homines ut plurimum non solent omittere, aut facit, quod ut plurimum homines facere non solent, dicitur *culpa lata*, quae tamen potest esse sine culpa theologica. 2° Si vero negotia non erant deserta, sed quae facile quivis alius gessisset, tunc si nullus *diligentissimus* se offerebat qui ea peteret, gestor tenetur etiam de culpa *levi*, sicut in similibus contractibus, qui cedunt in utriusque partis utilitatem, teneri solent homines de *levi culpa*... Si vero se offerebat diligentissimus, qui eo quod ipse gesserit, impeditus est ne ea gereret, tunc tenetur etiam de *levissima culpa*. Ita quidem Molina l. c., qui allegat leges, quibus praedicta traduntur.

Porro utrum in hoc vel illo casu negotium, de quo agitur, custodia scilicet rei amissae, desertum dici queat vel non desertum, utrum alii diligentes vel diligentissimi custodes affuisse dicendi sint aut sperari potuisse, ab adiunctis diudicandum erit, ac proinde statuendum, de qua culpa hic gestor teneatur.

Hinc tamen facile apparebit, cur codices civiles plures (vid. Scavini *de Iust. et Iur.* tom. 2. pag. 217.) mulctent eum et pecunia et carcere, qui rem inventam non defert ad eos, quos lex ipsa assignat, ut scilicet fiant rite disquisitiones ac restitutio, si inveniatur (a).

150. Quaenam porro diligentia adhibenda sit, quo rei inventae notitia venire possit ad aures eius, qui amisit, id ex adiunctis rei, loci etc. dimetiendum est. Maior enim vel minor rei valor maiorem minoremve postulat diligentiam. Generatim, si res exigere videatur, postquam per parochum notitia devenit generatim ad populum, aut notitia inserta est publicis foliis, aut in ipso loco edictum affixum est, diligentiae satisfactum videtur.

151. Quaestio dein fit, cuinam tradenda res sit, si, congrua adhibita diligentia, dominus non inveniatur.

S. Alphonsus lib. 3. n. 603. proponit id, quod verissimum est, nempe in tres diversas sententias doctores ivisse, seu potius duas esse sententias diversas, tertiam vero ex parte cum prima, ex parte autem cum secunda convenire.

Prima sententia statuit, inventorem retinere sibi rem inventam posse, modo ipse debitam diligentiam ad inveniendum rei dominum posuerit, nec tamen hic reperiatur. Ratio horum est, quod ubi dominus post debitam diligentiam adhibitam non invenitur, res censetur domino carere

---

(a) Ius italicum statuit: Inventor obiecti mobilis, quod non sit thesaurus, debe illud restituere praecedenti possessori: quem si ignorat, debet illud absque mora tradere syndico loci, ubi obiectum repertum est. Syndicus rem notam facit publicatione iuxta consuetas formas iteranda duabus dominicis successivis. Exactis duobus annis a die secundae publicationis, quin dominus compareat, res aut eius pretium (si circumstantiae exegerint, ut venderetur) spectat ad inventorem. C. C. art. 715-717.

atque adeo fit primi occupantis. Notat porro s. Alphonsus etiam doctores, qui aliter controversiam hanc definiendam censent, non negare, imo concedere, eiusmodi opinionem esse probabilem.

Altera autem sententia, communiorem dicit s. Alph. ibid., statuit, inventorem non posse rem sibi applicare, sed debere ipsam vel eius pretium in usus pios elargiri. Ubi tamen notant, inter usus pios censendam esse eleemosynam pauperibus distribuendam; propterea si inventor ipse pauper sit, posse cum hoc titulo sibi illam rem, ceu eleemosynam pauperi, applicare. Horum autem ratio est, quod haec praesumitur esse domini rem amittentis voluntas, ut si ipse rem suam recuperare non possit, saltem illa *pro anima sua* erogetur.

Tertia demum sententia, quam s. Alphons. ibid. dicit veriorem et in praxi sequendam, sic distinguit: «Quando adhuc post adhibitam diligentiam *possibile est* dominum inveniri, tunc res vel pretium servari debet; quod si neutrum servari queat (pretium conservari haud posse est hypothesis captu difficilis), res vel pretium erogandum est in usus pios iuxta voluntatem praesumptam domini, qui dominium rei retinet quousque res potest in suas manus redire. Quoad hanc partem, uti patet, tertia haec sententia ad secundam accedit: en autem, quomodo accedat etiam ex parte ad primam. E converso (inquiunt), quando res, spectatis circumstantiis longitudinis temporis vel distantiae loci vel eo quod res non possit amplius a domino pro sua recognosci, ut accidit in nummis ordinariis (a), non videtur possibile ut ad dominum redeat: tunc illa res fit in bonis nullius et ideo acquiritur a primo occupante, qui illam non tenetur dare iuxta voluntatem prioris domini, cum ille per impossibilitatem eam recuperandi dominium eius prorsus amiserit. Et huc quidem revocant auctoritatem s. Thomae 2. 2. q. 66. art. 5. ad 2., ut cernere est apud eundem s. Alphonsum l. c.

152. Si meam sententiam aperire licet; non videtur haec sententia sibi admodum constare et vix apparet, quandonam res inventa sit eroganda in usus pios.

Et in primis non liquet, cur utantur auctoritate s. Thomae, quem allegant ex 2. 2. q. 66. art. 5. ad 2. Nam s. Thomas ita scribit: « Quaedam vero res inventae fuerunt de propinquo in alicuius bonis. Et tunc si quis

---

(a) Non raro hoc exemplum proponitur ad indicandam rem, quae non possit pro sua recognosci. Et revera cum centena millia exsistant nummorum prorsus similium, quis posset, videns nummum, affirmare, hunc esse eum omnino, quem ipse amisit? Veruntamen non sic agi res solet in praxi, ut necessarium putetur atque exigatur, ut quis nummos suos hoc pacto recognoscat; sed ex qualitate, quantitate, tempore ac loco amissionis, ex involucri, quo claudebantur, specie et adiunctis etc. recognosci utique res sua potest.

eas accipiat non animo retinendi, sed animo restituendi domino, qui eas pro derelictis non habet, non committit furtum. Et similiter si pro derelictis habeantur et hoc credat inventor, licet sibi eas retineat, non committit furtum ». Casum ergo prouti consentit cum prima sententia utique cernere est apud s. Thomam; sed qua parte casum proponunt, quo in usus pios res inventa cedat, s. Thomas nec verbum habet et eo ipso silentio indicat, se in hac sententia non esse.

Et utique alibi s. Thomas sermonem iniicit de rebus tribuendis in pauperes. At non agitur ibi de re inventa, sed de onere restitutionis. Sic enim, 2. 2. q. 62. art. 5. ad 3.: « Si ille, cui debet fieri restitutio, sit omnino ignotus, debet homo restituere, secundum quod potest, sc. dando in eleemosynas pro salute ipsius (sive sit mortuus, sive sit vivus), praemissa tamen diligenti inquisitione de persona eius, cui est restitutio facienda. Si vero sit mortuus ille, cui est restitutio facienda *(sed non ignotus)*, debet restitui heredi eius etc. ».

153. Dixi autem, tertiam hanc sententiam non satis sibi constare, nec satis apparere, quando aut quomodo res inventa in pauperes debeat impendi aut pios usus.

Et sane Lugo, e quo distinctionem illam tertiae sententiae propriam mutuatus est s. Alphonsus, ubi agit de re, quae exire possit e dominio alicuius, sic disserit. Duplicem facit quaestionem disp. 6. n. 100., videlicet 1° quanti temporis lapsus requiratur, ut res aliqua, quae antea proprium dominum habuit, censeatur iam esse in nullius bonis, ita ut inventori acquiratur: 2° an sola longinquitas temporis id operetur, an vero etiam aliae causae esse possint ».

Iam quoad primam quaestionem dicit, Doctores solum in genere affirmasse, longitudinem temporis facere, ut res iam non sit in dominio ullius, non explicasse vero, quantum temporis ad id requiratur.

Ipse autem ita statuit: « Ego autem consequenter ad ea, quae communiter dicuntur, existimo in primis non ita requiri temporis longinquitatem, ut absque ea res non possit extrahi a dominio domini sui ac in nullius bonis manere; unde regula generalis ea esse videtur, ut quando sive ratione temporis longinqui, sive aliarum causarum aequivalentium res sit iam extra potestatem domini, ita ut ab illo non possit ullo modo recuperari, eo ipso censeatur iam domino carere: quae regula prae oculis habenda est ad ea, quae de inventione huiusmodi rerum dicenda sunt ».

Huius autem affirmationis sic rationem reddit ibid. n. 101. « Ratio prior ea videtur esse, quia intantum longitudo temporis ad id deservire potest, in quantum ea de causa iam antiquus dominus vel eius successores eam recuperare non possunt... Ergo si aliis ex causis detur eadem impotentia, ut res illa deveniat ad dominum suum vel eius heredes, non mi-

nus censendum est, rem illam nullius esse in bonis. Quod quidem posset loci distantia vel aliae circumstantiae non minus operari, v. gr. si ad littora nostra deferatur quidpiam ex navis naufragio apud Indos sequuto». Idipsum confirmat ibid. n. 102. exemplo ferarum, quarum dominium perditur, si per fugam recuperaverint pristinam libertatem. « Similiter ergo, concludit, si res alia inanimata exiit e potestate domini per aliquem casum, ut non possit amplius eam recuperare, eo ipso censebitur haec res recuperasse, ut ita dicam, suam libertatem, quam habebat, antequam ullius esset in bonis».

154. Cur autem dominium amittatur, sic explicat Lugo ibid. n. 103.: « Ratio videtur esse, quia ad dominium duo requiruntur, nempe potestas moralis, seu ius utendi re illa absque iniuria alterius... atque etiam potestas aliqua physica ad utendum illa re (ius videlicet, ubi desit physica potestas utendi, est ius ad id quod esse non potest: quod quidem ius merito chimericum dixeris); ad rem enim corruptam non datur dominium, quia non datur potestas physica ad utendum illa, quae potestas physica requiritur ad conservandum dominium... Sicut autem dominium morale cessat, quando res ipsa moraliter hoc est legitime potest resistere nobis in suo usu proprio propter connexionem, quam habet cum alio (quia v. g. vendita res fuit aut fera fugit): ita cessat dominium physicum (circa feram v. gr.) quando res ipsa potest physice resistere nobis ea uti volentibus... Rerum ergo inanimatarum dominium durat similiter, quandiu, postquam eas occupavimus et nostris usibus applicavimus, manent subditae nostrae potestati physicae, ita ut non possint resistere nobis, iis uti volentibus: quando vero iam non est nobis potestas physica antecedens, quia usus est redditus mihi impossibilis impotentia antecedenti, perit dominium».

155. Haec vero idem Lugo ibid. n. 104. applicat etiam rerum amissioni. « Amissa, inquit, re aliqua, adhuc maneo illius dominus, quia possum illam facile invenire et uti illa; sicut si v. gr. fera aliqua, perdix vel cuniculus, prius a me capta, abscondita sit intra cubiculum vel atrium clausum, adhuc sum eius dominus, quia licet tunc non possim fera illa uti, dum non invenitur, possum tamen eam invenire atque illa uti; nondum enim evasit meam potestatem. Si vero hanc omnino evasit, iam non sum dominus. Sic gemma, licet amissa sit, manet in meo dominio, dum a me vel ab alio potest inveniri ita ut a me possit recognosci et accipi, si ille iniuste non detineat. Quando vero res ita amissa fuit, ut sive ob distantiam temporis vel loci impossibile sit, quod veniat in meam potestatem..., tunc iam censetur evasisse omnino meam possessionem et non esse amplius in meo dominio, sed esse prorsus in eo statu, in quo erat, antequam a me (melius, *ab ullo*) fuisset apprehensa». Et in hoc casu, subdit, rem evadere in dominium primi occupantis.

156. Ita quidem Lugo, cuius doctrinas huc usque expositas haud facile respuere quisque poterit. Videnda ergo, quae deinceps addidit de eodem argumento.

Lugo videtur assumpsisse sibi refutandos eos, qui tenerent vel facto ipso inventionis rem evadere illico inventoris atque ipsa amissione perdi a priori dominium: vel eos, qui *mox*, cum quaesissent eo ipso fere tempore, non invenientes dominum, suam rem censerent. Haec certe nemo admittet: at ipse in extremum oppositum declinasse videtur.

De rebus itaque inventis dicit distinguendum esse, ibid. n. 140. Nam « quaedam aliquando possunt inveniri, quae vere IAM TUNC vel PAULO POST non sint amplius in dominio prioris domini; quia quod in thesauro operatur temporis longinquitas, hoc in iis operari potest vel tempus vel loci distantia vel aliae circumstantiae, ut non magis sit iam possibile, quod ipsae redeant ad priorem dominum, vel ipse recognoscat... ». Et allato exemplo gemmae amissae in itinere indico v. gr. in insula, de qua dicit, nullam superesse viam, *qua naturaliter et humano modo* possit ad potestatem domini... redire, subdit: « Hoc ipsum in rebus aliis minoribus contingere potest..., ad quae videtur omnino perire potestas quaelibet, quae, ut sup. vidimus, requiritur ad perseverantiam dominii; neque enim dari potest dominium ad usum omnino impossibilem impotentia antecedenti ».

Et de his statuit ita n. 141.: « Quando ergo res inventae essent huius generis, facile concederem, illas esse in nullius bonis atque ideo inventori acquiri; non enim assignari facile poterit differentia inter illa et inter thesauros, ut Sotus probabat ». Sc. heic Lugo consentit primae sententiae, adiudicanti bona inventa inventori, post adhibitas diligentias etc.

157. Videamus, quid de aliis dicat ibid. n. 140.: « Aliqua, inquit, inveniuntur, quae procul dubio adhuc manent in dominio sui domini, ut v. gr. vestis, liber et alia huiusmodi; non enim perditur in iis omnino potestas, ut possint aliquando redire ad dominum et ipse possit ea recognoscere. Sunt enim *varii casus possibiles*, ut constat experientia, per quos, quae non videbantur posse unquam inveniri aut recuperari, aliquando recuperata et recognita sunt. Et ideo ut *in plurimum* ea, quae inveniuntur, non censentur esse in nullius bonis ».

Quae quidem et nos admittimus generatim: at cavendum ab aequivocis. *Dantur*, inquit, *casus, quibus res inveniatur, etiam ea quae non videbatur posse unquam recuperari.* Ergo, inquit, ut in plurimum ea, quae inveniuntur, non censentur esse in nullius bonis. Consequens falsum putaverim, si casus possibiles inveniendi res amissas extendantur etiam ad *casus rarissimos ac plane fortuitos, qui instar miraculi haberi possunt.* Et reipsa egregium virum plus aequo extendisse casus, quibus res

manere censenda sit sub dominio prioris domini, insinuant nonnulla, quae praemisimus sup. n. 156., ubi solum extractas dicit a dominio res, cum nulla superest via *naturaliter et humano modo* res recuperandi; adeo ut excipi debeat veluti solum casus, quo via praeternaturali et modo suprahumano res inveniri queat.

Haec mensura seu norma non videtur admittenda. Cur? quia regulae actionum humanarum non desumendae sunt ab eo, *quod fortuito, quod raro, quod praeter consuetudinem possibile sit evenire,* sed ex communiter contingentibus. Profecto fieri potest, ut qui celebrat missam, non sit sacerdos, quia baptismum validum non receperit, aut non rite fuerit ordinatus; ideone dubitabimus, num genu flectamus ss. Eucharistiae, quae in templo asservatur? Fieri potest, ut noctu per vias incedens conculcem v. gr. horologium pretiosum et sic magnum alicui damnum inferam: ideo ne me ita domi constringam, ut pedem domo non inferam noctu? Possibile est, carnes, panes etc. quos emit famulus, infecta esse veneno, aut pannos aliaque esse res furtivas: numquid ideo debeam abstinere a cibo aut ab emendis iis, quae aut necessaria, aut opportuna mihi sunt, etiam non necessaria?

Itaque si casus possibiles rei inveniendae ac recuperandae coarctentur ad ea, quae communiter evenire solent, utique admittendum consequens, ea nempe nondum censenda esse in bonis nullius. At si agatur de casu *rariori, plane fortuito ac praeter ordinarium eventuum cursum,* negamus hanc regulam statuendam; abhorret enim a more et consuetudine humana atque onus imponit plane importabile.

158. Ergo 1° utique statim ac res invenitur, nondum censeri potest, in nullius bonis esse, sed praesumi debet esse adhuc in dominio illius, qui amisit; nondum enim constat, redire ad dominum non posse.

2° Diligentia adhibenda est, ut domino possibile sit rem suam recuperare ac diligentiae huiusmodi mensura ex prudenti hominum iudicio desumenda est: quae mensura talis esse debet et in praxi proborum hominum esse solet, ut et qui rem amisit, *iuste* exigere plus aliquid non possit.

3° Diligentia autem haec non solum refertur ad modum vulgandae notitiae circa rem inventam; qui talis esse debet, ut respondeat circumstantiis rei et verisimilitudini quoad locum, in quo id resciri oporteat; sed refertur etiam ad *tempus,* quo exspectetur exitus: adeo ut non solum ratio habeatur merae sufficientiae ac possibilitatis inveniendi dominum ex cursu ordinario, sed ratio habeatur quoque casuum fortuitorum; dum enim prolixum est tempus exspectandi, profecto locus superest notitiae etiam fortuitae.

4° Cum praeter haec ne ipse quidem rei dominus exigere salva aequitate plus aliquid queat, ubi scil. media omnia ordinaria usurpata

sunt; ipse autem dominus contentus esse debeat nec nisi irrationabiliter invitus esse possit, quominus re ex cursu rerum ordinario diiudicata, si post diligentias adhibitas dominus non compareat, res pro derelicta habeatur: nulla profecto iniuria domino infertur, si res tunc censeatur in bonis nullius neque exspectentur casus *illi fortuiti ac prodigio adscribendi,* qui nunquam ad normam agendi hominibus praescribendam idonei habiti sunt.

159. Sed videndum, quomodo non constent sibi, quae deinde dicuntur de obligatione res erogandi in pios usus.

Lugo itaque de rebus, quae non censentur dominium exuisse prioris possessoris, dicit n. 141.: « Quando res inventae sunt prioris generis (eius scil., quarum dominus potest inveniri, de quo agimus) prout regulariter sunt *(bene, si intelligatur id de tempore, quo inveniuntur),* non est, cur inventori acquirantur, cum adhuc habeant dominum, sine cuius voluntate non possunt ad alium transferri ».

Bene haec, si agatur de tempore quo adhibitae diligentiae nondum sunt: quod autem dicitur de voluntate domini necessaria ad transferendum dominium, distinctione indiget: scil. si voluntas sit rationabilis (et est rationabilis, cum ordinariis adhibitis diligentiis dominus reperiri potest), *concedo:* si sit irrationabilis, *nego;* quia si post adhibitas diligentias, non comparet, non rationabiliter vellet de re ipse disponere.

Pergit Lugo: « Tunc ergo stando in iure naturae, servandam puto regulam supra positam circa debita incerta (bona seu debita incerta, ait n. 132., vocantur, quae, cum verum habeant dominum, is tamen inveniri non potest), ut id debeat fieri, quod dominus verisimiliter velle praesumitur ». Haec pariter vera sunt, si intelligantur de tempore, quo nondum adhibitae sunt diligentiae et fiet tunc, quod dominus verisimiliter simul et *rationabiliter* praesumitur velle, sc. illud quod rei natura postulat. At quid iuxta Lugo verisimiliter vult dominus? subdit: « v. gr. quandiu conservari res possit et sit spes dominium inveniendi, conservetur ». De hoc profecto nemo dubitat. Pergit: « Quando id fieri non potest, consumatur et conservetur pretium: quando nec hoc fieri potest, expendatur in domini utilitatem, quod communiter fieri solet expendendo in usus pios ex praesumpta domini voluntate ».

Habemus ergo casum expendendi rem in usus pios. At triplex de hac re quaestio incidit: 1° Necesse ne est tunc expendere in usus pios? 2° Est ne haec praesumpta domini voluntas? 3° Habetne ius dominus prior, ut de voluntate eius inquiratur?

160. Namque ad primum quod spectat, responderi posset, vix apparere, quomodo pretium servari non possit. Ne moriens, inquit Lugo n. 137., non possit amplius restituere. Atqui facile est remedium: det alteri con-

servandum, cuius mors vicina non timeatur. « Si res tua (en casus, quem proponit Lugo) per contractum vel aliam viam licitam pervenit ad aliquem, qui si eam conservet, usu consumetur: si vendat et pretium sibi conservet, moriente saltem ipso, abibit certissime in oblivionem debitum illud. In his ergo et similibus casibus dominus potius vellet suam rem, vel id quod sibi debetur, distrahi et expendi modo aliquo ipsi utili ». At nonne memoriam huius incerti debiti relinquere ille potest, sicut et creditorum memoriam relinquit? Ex rarissimo, quod fingatur, periculo ob mortem repentinam, desumi regula ordinaria non debet, sed ex communiter contingentibus. Si moritur, mandet heredi quae mandanda sunt. Ex fortuita impossibilitate huius mandati, regula desumi ordinaria non debet.

Et mirum, quod exemplum aliud nullum aptius inveniatur, in quo ista obligatio adsit. Nam n. 144. sic rursus hac de re: « Si ego habeam equum Petri, quem ad ipsum longe degentem non possum remittere, possum et debeo iuxta illius praesumptam voluntatem, equo vendito, pretium eiusdem in Petri utilitatem meliori modo insumere: ergo nec in praesenti potero rem alienam, quam debeo, retinere, eo quod domino non possit restitui ».

Exemplum claudicat omnino. Nam scribat Petro, quem cognoscit, quid de equo agendum sit. Et si necesse est vendere, det pretium alteri, qui Petro conservet ac scribat Petro de re tota.

161. Nam nescio quomodo Lugo oblitus videatur eorum, quae paulo ante praemiserat circa indagandam domini voluntatem. Comparat heic, ut vidimus, inventorem rei cum casu debiti incerti.

Atqui de debitis incertis ita ipse disserebat n. 135. in fin.: « Adde, magis e re domini videri, quod res illa apud possessorem custodiatur, apud quem facilius aliquando inveniri poterit, vel saltem pretium illius, si ex illa ditior factus sit, quam quod in alios usus etiam pios distrahatur, per quam distractionem impossibilis fere redditur eius recuperatio ».

« Quare, pergit n. 136., si coniecturis indaganda est interpretativa domini voluntas, satis verisimile est, ipsum saepe velle potius, quod sua res conservetur, quantum fieri possit, apud possessorem, qui bona fide eam custodiat. Et quidem si talis res sit, quae usu consumitur, uti vinum etc., vellet dominus eam bona fide vendi... cum obligatione reddendi pretium ipsi domino, quando compareat: quod idem de pecunia dicendum est, cum haec in se vel in aequivalenti conservari possit ».

162. Et dignissima sunt ea, quibus sic concludit ibid: « Porro hanc esse voluntatem domini interpretativam, non potest melius probari, quam si quilibet consulat seipsum et cogitet, quid eo casu vellet, quando sciret aliqua bona sua esse de facto apud hominem bonae conscientiae et a quo facile ea recuperabit, quoties constiterit eum esse talium rerum do-

minum. Quare negari non potest: *probabilem* esse sententiam dicentem, non esse obligationem distribuendi pauperibus eiusmodi debita incerta absque delicto contracta ».

163. Id ipsum inculcat paulo post Lugo n. 143., ubi post distinctionem de bonis, quae exeant vel non exeant e dominio illius, qui amisit, obiicit sibi n. 142. hanc distinctionem locum habere posse etiam quoad *debita ex delicto* ac res furtivas et tamen furem teneri obligatione restituendi, saltem pauperibus, etiamsi adiuncta suadeant, eam rem furtivam, ob impossibilitatem redeundi ad dominum, extra dominium eius esse.

Cui difficultati hoc reddit responsum: concedit, fieri posse, ut res etiam furtiva domini effugiat dominium. At nihil haec ad praxim conferre dicit, quia *fere semper* dominus inveniri potest. At enim 1° haec responsio non solvit difficultatem; sive enim raro sive non raro id fiat, indoles controversiae non mutatur. 2° Quis concedat, raro evenire, ut dominus inveniri non possit? Scilicet comprehendit auctor etiam casus penitus fortuitos, ac prope dixerim miracula: haec autem attendi in re nostra non debere iam vidimus.

Et sane ipse pervidit, hoc applicari posse etiam debitis incertis absque delicto et rebus inventis: quasi nulla sit inter haec omnia differentia. Ac quoad praxim, quoad onus scilicet restituendi, concedit, nullam esse differentiam; quia tam debent restitui semper inventa et debita absque delicto, quam debita ex delicto. Duplicem tamen aliunde differentiam intercedere dicit n. 143. « Prima, inquit, est, quod debita ex delicto in omnium sententia restitui debent: debita autem omnino incerta et inventa iuxta sententiam non improbabilem aliquorum (male coniunguntur haec duo, dum non idem est iudicium nec eiusdem momenti pro utroque casu), restitui non debent, quando non est spes inveniendi dominum. Secunda differentia est, quod in debitis ex delicto in odium debitoris et ne procliviores sint alii spe lucri ad similes iniurias inferendas, creditor praesumitur velle *quam citissime privare debitorem re illa, ne fruatur illo commodo, sed statim, quando facta debita diligentia, non invenitur dominus, rem distrahi, ne maneat apud debitorem iniquum et ipse licite ea fruens alliciatur ad alia furta committenda:* quae ratio non procedit in debitis incertis absque delicto et in rebus inventis, atque ideo in iis, loquendo de iure naturae, praesumi potest, dominum velle, quod res etiam post factam debitam diligentiam, permaneat et conservetur, *quantum fieri potest apud illum innocentem,* apud quem melius illam invenire et recuperare poterit, ut supra dictum est ».

Rursus ergo voluntas domini, si quae praesumenda est, dum adhuc censeri dominus potest, quia potest rem suam recuperare, non est, ut detur pauperibus, sed ut ipsi domino servetur.

164. Struggl tract. 6. q. 2. art. 2. n. 24. contra sic habet: « Ratio responsionis (quod possit inventor retinere) est, quia dominus rei perditae prudenter praesumitur velle, ut res inventa post adhibitam sedulam et sufficientem sui indagationem, sit inventoris tanquam praemium sui laboris; ergo inventor bonae fidei propter titulum inventionis et talem voluntatem domini prudenter praesumptam, potest postea licite et secure rem inventam sibi appropriare... et inchoare praescriptionem, ut post triennium domino comparenti nihil teneatur restituere ».

Alii etiam advertunt, morem ac persuasionem communem esse ut adhibitis diligentiis rem inventor licite retinere sibi posse se censeat. Hoc cum sciant illi, qui perdunt, non possunt ergo velle id, quod sciunt impossibile, ut res detur pauperibus.

Adverterim autem, non omnes forte admissuros esse ea, quae de debitis ex delicto Lugo aiebat, velle scilicet dominum, ut hic statim, post factam debitam diligentiam, rem distrahat in pios usus.

Supponit enim furem poenitentem; secus non supponeret factas diligentias ad dominum inveniendum: addit autem dominum nolle, ut res apud ipsum maneat, ne ea fruatur. Atqui neque apud alios res ex eius sententia manere debet, ut ea perfruantur, sed ut conservent domino, quam domini voluntatem praesumendam dicit. Custodia autem non est fruitio, sed est quoddam onus, ad quod onus gravior obligatio urget furem, quam alios; quia fur ex iustitia debet curare restitutionem, non autem alii, qui solum ex caritate possent obligari. Cur ergo fur non debebit ex praesumpta domini voluntate rem servare? Nisi forte dicas, furem non teneri ad se prodendum, nec posse dominum exigere humano more, ut fur se prodat. At Lugo supponit diligentias adhibitas, quas nos putare debemus ita adhiberi posse, ne fur ad se prodendum cogatur. At vero eodem pacto, quo aliis modis potest diligentias adhibere ad inveniendum dominum, potest profecto et rem custodire, per alios scilicet, v. gr. confessarium, parochum etc. Ceterum si fur domino servare rem non debet, poenam delicti potius habet dominus quam fur. Nam, velis nolis, distractio rei propriae in pauperes est utique opus pium: at simul est opus poenale, quia subtrahitur commodum domino. Quidquid autem incommodi heic est, incommodum est domini, non autem furis.

165. Sed reipsa discrimen in eo inveniendum est, quod conservata tempore congruo re, ut dominus invenire possit eam: si hic non appareat ac propterea cum res in nullius bonis censeri debeat, non eadem debeat esse furis et non furis conditio, ne videlicet fures alliciantur ad malum, si idem de ipsis ac de aliis statuatur.

Atque huic incommodo prospexit sane lex positiva, quae vetuit, ne debita ex delicto retineantur, sed, si dominus non inveniatur, in pios usus

erogentur. At nihil huc pertinet, an fur retinere rem penes se ceu custos valeat, ut eam restituere aliquando possit.

Lex autem positiva duplex affertur: altera in Decreti Gratiani part. 2. caus. 14. quaest. 5. can. 4. in haec verba: « Nemo, qui rapit, moriens, si habet unde reddat, salvatur. Si eos, quorum fuit, invenire non poterit, Ecclesiae vel pauperibus tribuat. »

Et in Decretalibus cap. *Cum tu, de Usuris:* « Cogendi sunt (sc. usurarii) per poenam, quam statuimus in Concilio (sc. Lateranensi), eas (usuras) his, a quibus extorserunt vel eorum heredibus restituere vel, his non superstitibus, pauperibus erogare ».

166. Porro Lugo quaerens quo iure restitutio bonorum incertorum etiam furtivorum sit facienda pauperibus, licet aliqui affirmaverint, esse hanc obligationem ex iure tantum humano (vid. Lug. ibid. n. 144. init.), ipse tamen, dicendum putat, esse ex iure naturali. 1° Quia Alexander revera restitutionem praecipit, eo quod *non remittatur* peccatum nisi restituatur ablatum: non ergo mere statuitur poena, sed declaratur rei necessitas ex naturae iure. 2° Quia nullus textus adduci potest pro incertis debitis sine peccato: quae tamen fere omnes fatentur, reddenda esse pauperibus. Ergo obligatio quae et pro illis valet, est ex iure naturali. Et ratio a priori est, « quia res illa adhuc manet sub dominio antiqui domini; ergo debitor debet de illa disponere iuxta praesumptam voluntatem domini: voluntas autem rationabilis praesumpta haec est, ut si ei tradi non potest, saltem expendatur in eius obsequium meliori modo, quo fieri possit. Ergo iuxta voluntatem ipsius debet expendi in usus pios, ex quibus redundet aliqua utilitas in dominum ipsius ».

167. Qua in re probare non possumus quod eodem pacto de omnibus bonis incertis indiscriminatim agatur. Nam rationem illam a priori nescimus an quisquam facile quoad res inventas admissurus sit. Sane vel spes exstat aliqua probabilis dominum inveniendi, vel non. Si adest ista spes, tunc nullo modo praesumi potest, domini voluntatem esse, ut res detur in eleemosynas, sed ut ipsi domino probabiliter reperiendo conservetur et hoc ipsa naturae lex dictat. Nam sua distrahere est incommodum ac poenale. Si vero nulla probabilis spes adsit dominum inveniendi: certe aut dimittenda est doctrina de dominio, quod amittatur ex quo res effugerit potestatem domini, aut concedendum, rem ex hoc dominio tunc extrahi; quod si statuatur, nulla est voluntas domini quae praesumi possit, cum nullus sit dominus.

168. Attendenda tamen quae idem Lugo habet n. 139., ubi describit rei huius conditionem: Cum enim de thesauris (scil. statim fieri acquirentium) dixisset, quorum dominos impossibile est rescire, subdit de rebus inventis: « Hoc autem in omnibus aliis rebus inventis non procedit: nam

licet pro NUNC dominus inveniri non potuerit, contingere tamen potest et ita passim contingit, ut postea dominus compareat... Non ergo perditur dominium rei, ubi PRIMUM perditur; alioquin sine causa quaereretur eius dominus. Fatendum ergo est, durare *adhuc tempore sequenti* illud idem dominium: quid enim si post TRIDUUM dominus compareat, antequam res distrahatur? numquid non recuperabit rem suam, sed reiicietur ob dominium iam amissum? Nullus ergo alius terminus assignari potest, ultra quem non progrediatur rei dominium, nisi ille, quandiu scilicet *humano modo et connaturali fieri non potest*, quod redeat ad domini potestatem, neque ipse eam pro sua recognoscat et uti ea possit virtute dominii praecedentis ».

Quoad primam horum partem plane rationi consona sunt: neque enim aut cum *primum* res perditur, aut si *intra triduum* dominus non compareat, iam ex *tunc* amissum dominium censeri debet. In hoc consentimus omnes. At postrema non aeque admitti possunt, nempe nullum alium assignari terminum posse, ultra quem dominium non progrediatur, nisi cum *connaturali modo et humano* fieri non potest, ut inveniatur dominus. Vaga haec verba complectuntur *possibilitatem omnem utut fortuitam* et tunc solum terminum permittunt, *quando non nisi ex miraculo inveniri dominus posset*. Nam si vere hic sensus est sententiae (neque enim reperire alia potui, quae emolliant), dicemus rursus, non posse hanc ceu normam statui actionum humanarum, quae ex communiter contingentibus regi solent et debent.

169. Addiderim, posita hac norma, neque fieri posse quidem, ut in praxi decerni aliquando possit, rem quampiam inanimatam ab antiqui possessoris dominio extractam fuisse. Unde enim divinare inventor poterit, adiuncta talia nunc esse, quae impossibilem rei recuperationem dicant? Nam utique nos facile fingimus conditiones domini relate ad rem suam amissam; nam scit, ubi, quando amiserit etc. et num possit quaerere, sed hos fingere non potest sibi inventor et incertus proinde semper haerebit, an locum aliquando habeat hypothesis et in dubio semper esset melior conditio prioris domini.

Pari modo, quandonam, quaeso, decernere aliquis posset, dominum non esse appariturum, adeo ut res iam in pauperes sit eroganda?

Ergo statuenda fuit aliqua mensura ex communiter contingentibus: ex qua diiudicari posset prudenter, quousque servari domino deberet. Quae sane mensura nulla apparet in regulis, quas post Lugo s. Alphonsus tradit.

Codices Civiles, uti Italicus, si servatae fuerint sollemnes ac praescriptae rationes ad dominum quaerendum, decernunt, ut post biennium, non apparente domino, res cedat inventori.

Generatim vero, post triennium rem repetere nullomodo potest domi-

nus: nam hoc elapso triennio Codices plerumque negant domino actionem. Codices ergo, qui supponunt non omissas diligentias, imo earum modum praescribunt etiam mulctis impositis, supponunt, ex communiter contingentibus hanc regulam statui posse, ut si intra biennium vel triennium non compareat dominus, censeri debeat ablata spes ipsum inveniendi: quo in casu res inventori cedit. Et *siquidem nullus dolus ex parte inventoris* exstiterit, sed diligentias congruas posuerit, nihil dubitandum, posse eum uti beneficio legis ac rem pro sua habere.

Quod si nihil hac de re in Codice civili decernatur, in hoc casu deest lex, quae dominium transferat; lex autem naturae id non dictat: ergo non possum decretum de ablato dominio pronunciare, quasi tempus elapsum id certo effecerit. Ex codicibus tamen discimus, quodnam ex prudentium iudicio existimari sufficiens tempus possit, quo elapso desperari de inveniendo rei domino possit. Potest ergo tunc quispiam rem uti suam possidere incipere, tanquam rem, quae domino careat. Et siquidem dominus dein compareat, non tenetur reddere nisi in quantum ditior factus fuerit: si vero tempus ad praescribendum legitime elapsum fuerit, in foro conscientiae ad nihil tenetur. Vide Struggl. ubi supra pag. 81. n. 25.

170. Addi potest heic (vid. Scavini tom. 2. pag. 217. not. 7.) in quibusdam dioecesibus, decretum exstare Synodi, ut si quis rem invenerit, quae superet valorem 12 libellarum (12 franchi), res significetur Episcopo, *ut earum usus determinetur*. Quasi scilicet certum ratumque foret, rem sic inventam palam et notorio iure esse inter bona computandam ad pia opera destinata, quorum administratio ad Episcopum spectet. Atqui, praeterquam quod eam opinionem s. Alph. l. 3. n. 603. ne satis quidem probabilem habet; nam oppositam appellat veriorem: Vasquez *de Rest.* cap. 5. §. 4. dub. 1. n. 12. non dubitat affirmare, irrationabilem esse consuetudinem, qua Episcopus consueverit sibi reservare etiam modum constituendum, quo restitutio fiat (per usus pios) ob debita incerta. Propterea id a fortiori dicendum esset de casu nostro; quando probabilius est, nullum restituendi debitum exsistere.

171. Utique Ligorius l. c. cum antiquioribus dixit, *communiorem* esse sententiam eorum, qui res inventas pauperibus largiendas tenent.

Id habet quoque Lessius lib. 2. c. 14. d. 7. n. 49., appellans hanc sententiam fere communem Doctorum et nihilominus sententiam negantem hanc obligationem, cum post debitam diligentiam dominus inventus non fuerit, dicit probabilem; ipsa est sententia Dominici Soto, Bartol. Medina et aliorum. At seculo elapso Struggl tr. 6. q. 2. a. 2. n. 24. de hac ipsa sententia negante ait: « ita est communior modernorum contra communiorem antiquorum ». Vel rei penitior consideratio, vel inducta praxis etiam piorum, vel auctoritas civilium legum hanc opinionis conversionem effecerunt.

De venatione.

XII. Quoad venationem, triplex animalium genus distingui debet: alia enim natura sunt fera ac libere vagantia, uti v. gr. lepores, hirundines, pisces etc.: alia ex natura sua sunt mansueta ac domestica, uti v. gr. oves, aselli etc.: alia demum ita cicurantur, ut ex feris mansueta fiant, uti columbae.

Itaque fera seu silvestria, cum per se nullius sint, fiunt primi occupantis. Si tamen huius conspectum ita effugerint, ut difficile sit ea persequi, censentur libertatem recuperasse ac proinde si ea alter prius occupet, huius erunt.

Mansueta seu domestica, quantumvis aberrent, semper remanent prioris domini: neque enim censeri haec possunt recuperasse libertatem, quam nullam habent. Sicubi tamen animalia, domestica ex sua natura, silvestria evaserint, uti v. gr. boves aut equi in quibusdam Americae plagis, perinde ac de feris iudicandum de iis est.

Mansuefacta vero prioris domini remanent, quandiu custodia non evaserint aut non amiserint revertendi consuetudinem: secus ceu prorsus silvestria considerantur. Retineri tamen ab alio non possunt, 1° si hic fraude ad se attraxerit, vel 2° si ad aliam sedem digressa intra quoddam temporis spatium dominus insequatur aut reclamet

172. Considerari potest animalium species aut duplex aut triplex aut quadruplex. Alia enim sunt *domestica seu mansueta*, quae ex sua indole veluti gaudent humano consortio; uti oves, anseres, anates domesticae, gallinae etc. *Instit.* Lib. 2. *De Rer. divis.* §. 16.: « Gallinarum autem et anserum non est fera natura: idque ex eo possumus intelligere, quod aliae sunt gallinae, quas feras vocamus, itemque alii sunt anseres, quos feros appellamus ». Alia vero sunt *silvestria seu fera*, quae ex sua indole consortium humanum fugiunt, uti lupi, lepores etc.

Verum sunt ex utroque genere, quae ad aliam indolem assuescant. Habentur itaque *mansuefacta*, quae scil. fera cum essent, industria humana cicurantur atque ita evadunt domestica, ut abeundi et redeundi habeant consuetudinem. Alia contra sunt, quae cum essent mansueta, *efferata* deinde sunt, ut boves et equi olim ex Europa in Americam traducti aut quae cum essent mansuefacta, fera deinde rursus evadunt, indolem scilicet aut pristinam resumendo quam deposuerant, aut pristinam, quam habebant connaturalem, exuendo.

Educatione cicurantur cervi, ursi, accipitres, columbae, cuniculi etc. *Cicurata* dici possunt, quando saltem sola relicta, ad sedem, ab homine ipsis statutam, redire consuescunt. Sunt autem, quae nunquam cicurantur, uti v. gr. pisces ac pleraeque aves, licet custodiri possint.

173. Animalia *fera* generatim loquendo censentur esse in libertate, cum vagari pro lubito ultra possunt, ut cervus in silvis, pisces in mari aut fluvio, aves in aere libero. Quando sunt in hoc libertatis statu, sunt in bonis nullius atque adeo fiunt primi occupantis. Sic in *Instit.* lib. II., tit. I. *De Rer. divisione et acquirendo earum dominio* §. 12.: « Ferae igitur bestiae et volucres et pisces et (omnia) animalia, quae mari et

caelo et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt; quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno ».

Et Digest. *De acquirendo rer. domin.* leg. 1. §. 1.: « Omnia igitur animalia, quae terra, mari, caelo capiuntur, idest ferae bestiae, volucres, pisces, capientium fiunt. Leg. 2. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur »: §. 1. « nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno ».

174. Fera animalia semel in dominium redacta, tandiu sub dominio manent, quandiu custodia coerceantur nec naturalem libertatem recuperaverint. Recuperasse autem libertatem censentur, cum ita effugerunt custodiam, ut earum consecutio difficilis sit: tunc desinunt esse sub dominio et fiunt primi occupantis, velut ac si captae nunquam antea fuissent.

Sic *Instit.* l. c.: « Quidquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur. Cum vero tuam evaserit custodiam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio ».

Eadem repetuntur Dig. *De acquirend. rer. dominio* L. 3. §. 2. et leg. 5. Consonat his et ius Gallicum.

175. Animalia mansueta, utut aberrent longe et egrediantur custodia non tamen egrediuntur e domini sui dominio. Ita *Instit.* l. c. §. 16.: « Si anseres tui aut gallinae tuae, aliquo modo turbati turbataeve evolaverint; licet conspectum tuum effugerint, quocumque tandem loco sint, tui tuaeve esse intelliguntur et qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur ».

Et Digest. l. c. l. 5. §. 6.: « Si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint, ut ignoremus, ubi sint: tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. Qua de causa, furti nobis tenebitur, qui quid earum lucrandi animo adprehenderit ».

Ratio autem est, quia haec animalia subiecta sunt dominio hominis particularis (animalia fera subsunt dominio hominum generatim, quatenus subdere sibi potest ea iisque potiri et uti) et moraliter sunt recuperabilia: adeoque cum dominus non deponat animum ea recuperandi ut sua, semper retinet eorum dominium. Neque ceterum recuperasse libertatem censenda sunt, cum libertatem ex sua natura non habeant.

Excipienda tamen videntur heic animalia, quae efferata fuissent ac dein cicurata. Si enim v. gr. equus venatione captus et mansuefactus, fugerit rursus ad silvas et recuperaverit pristinam feritatem, videtur cum pri-

stina mansuetudine amisisse id quoque, per quod censebatur sub dominio domini sui esse. Lugo disp. 6. n. 41.

176. Hinc solvi potest quaestio: Si quis ovem tuam e faucibus lupi eripuerit, cui servat ovem?

Tibi scilicet, non autem sibi. Qua de re iura Dig. L. 44. *de Acquir. rer. dom.* « Et sane melius est dicere, et quod a lupo eripitur nostrum manere, quandiu recipi possit id, quod ereptum est ».

Hoc in loco *Digestorum* sic alius casus proponitur ex Ulpiano: « Cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus, lupis eripuit aut canes extorserunt et cum pastor meus quaereret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant? Nam genere quodam venandi id erant nancti; cogitabat tamen (Pomponius), quemadmodum terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse qui ceperunt: ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus, desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem; quis denique manere nostrum dicit, quod avis eripuit? Si igitur desinit (cum captum a fera est, tum) si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit: quemadmodum piscis, vel aper, vel avis, cum potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, illius fit. Sed putat potius, nostrum manere tandiu, quandiu recuperari possit: licet in avibus et piscibus et feris verum sit, quod scribit... Et sane melius est dicere, et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quandiu recipi possit id, quod ereptum est. Si igitur manet, ego arbitror, etiam furti competere actionem; licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit: tamen cum reposcenti non reddit, supprimere et intercipere videtur; quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror, et vindicari ab eo porcos posse ».

Tria tamen de hoc casu deque doctrina hac generatim monenda: 1° dominum teneri ad compensandum tum labores tum damna illius, qui animal reddit: 2° de animalibus contingere id posse, quod de aliis rebus amissis superius dictum est ac propterea retinere sibi inventorem posse id animal, cuius dominum reperire non licuit: 3° spectandas esse dispositiones particularium legum.

177. De mansuefactis, illud generatim statui potest, animalia quae feritate deposita cicurata fuerunt, tandiu remanere sub dominio alicuius, quandiu manendi apud dominum aut ad ipsum redeundi consuetudinem non amiserint.

Recte autem monet Lugo disp. 6. n. 41. non posse unam aliquam regulam communem pro iis dari; idque dicendum est, non solum quia, ut

ipse ait, aliqua plus, aliqua minus temporis requirunt, ut censeantur iam ad suam libertatem et feritatem rediisse; sed etiam quia non idem est cicurationis modus, unde fit ut alia plus, alia minus distent a ratione animalis domestici atque adeo diversa est tum connexio, quam habent cum domino, tum modus ea custodiendi atque habendi ceu sua.

Sic ubi mansuefieri solent ursi, evadunt veluti canes domestici nec digredi domo solent. Si porro non modo longius digrederentur, sed volentibus reducere eos resisterent ita, ut nullo modo cederent, sed ad silvas fugerent etc., censerentur e dominio extracta. Ita et simiae.

Inter aves sunt nonnullae, quae tandiu manent, quandiu inclusae cavea servantur; quae quidem vix cicuratae aliquo modo dici possunt: hae statim ac cavea evaserint ac libere volare possint, non censentur esse prioris domini, nisi facile recuperare eas posset.

Aliae solent magis evagari ac dein redire, ut accipitres et etiam interdum passeres.

178. Dicendum est specialiter de duplici genere ferarum, quae passim argumentum dubitandi possunt praebere et sunt columbae et apes.

Ius civile has habet ut feras. Sic enim *Instit.* lib. 2. tit. 1. *de Rer. divis.* §. 15.: « Pavonum quoque et columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine evolare ac revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam ». De apibus autem praemiserat §. 14.: « Apium quoque fera est natura ». Et §. 15. de cervis « Cervos quoque quidam ita mansuetos habent, ut in silvam ire et redire soleant: quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat ».

Ita quidem ius civile: at doctores interim communiter advertunt, pavones et columbas domesticas magis accedere ad naturam animalium mansuetorum. Dixi *columbas domesticas*; nam columbas alias videmus etiam per urbem, quae urbanae ex sede ipsarum dici possunt, sed dicendae sunt plane silvestres et reipsa nullius sunt. Quoad domesticas autem, ex horum doctorum sententia non omnino absurda, vetus ius civile ex conditione locorum et consuetudine non immerito aliquam mutationem subiisse dicendum est.

179. Porro sive habeantur tanquam mansuetae, sive ceu mansuefactae, hoc in primis certum est, columbas, sicut et alia animalia mansuefacta, quousque retinent seu potius non amiserint consuetudinem revertendi domum, sub dominio manere illius, qui eas acquisivit ac possidet.

Dixi quousque *non amiserint* consuetudinem; nam si una vel altera vice extra maneant, non ideo censentur amisisse consuetudinem, sed solum si id saepe et diutius faciant, ut ex circumstantiis colligi queat, eas non esse amplius reversuras.

Haec et ex iure civili constat. Nam *Instit.* l. c. §. 15.: « In iis autem

animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant; nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tum, cum revertendi consuetudinem deseruerint».

Idcirco eadem iura furti damnant eum, qui eas apprehenderit leg. 8. §. 1. Dig. *Familiae erciscundae*, ex Ulpiano: «Pomponius ait, columbas, quae emitti solent de columbario, venire in familiae erciscundae iudicium: cum nostrae sint tandiu, quandiu consuetudinem habeant ad nos revertendi. Quare si quis eas adprehendisset, furti nobis competit actio».

180. An licet columbas ad se attrahere? Quaestio non est de silvestribus, ut fiant domesticae vel ut capiantur; hoc enim licet: sed quaestio est de domesticis, an liceat uti aliquo artificio, ut relicto alterius columbario ad tuum secedant. Ratio dubitandi est, quia dominium non durat nisi quandiu animalia apud te remanent et ad te redeunt. Si ergo assuescant ad alterius columbarium se recipere, hic cum eas facto ipso retinet, non retinet alienum; non enim amplius tua illa sunt.

Sed reipsa certum est, hisce artificiis uti non licere. Dum enim durat alterius dominium, hic ius habet contra alios, ne utantur mediis per se ordinatis ad extrahendas illas ab eius dominio. Ergo non licet illecebris cibi v. gr. cymino columbas aliorum ad tuum allicere columbarium.

Sic non licet studiose irritare aviculam aliquam ad cantum, ut aves vicinae, quae cavea detinentur, custodiam disrumpant ac fugiant et sic sint extra dominium alterius. Sic non liceret accipitres alienos illecebris ad te reducere. Propterea qui hisce artificiis ad se reduceret, teneretur ad restitutionem (a).

181. Neque tamen prohibetur quisquam, ut v. gr. ad suas colombas melius defendendas ab iniuriis temporum, commodius reliquis columbarium struat, seu ut meliorem abundantioremque cibum paret, ut eas habeat fecundiores ac pinguiores aut etiam ut eas in suo columbario certius et facilius retineat. Nam si id attrahat columbas aliorum, per accidens id fiet ac praeter intentionem. Unde, contra ac Vasquez censuit (vid. Lugo disp. 6. n. 44.), retinendum est, intentionem hac in re plurimum conferre ad naturam actionis constituendam sive bonam sive malam, iustam vel iniustam.

182. Quid agendum, si in columbario tuo, licet artificio usus non sis, sedem figant columbae, quas cognoscis ex alieno columbario profectas?

(a) Ex iure italico, columbae, cuniculi, pisces, qui transeunt ad aliud columbarium, aliam cuniculorum caveam, aliam piscinam, acquiruntur proprietario loci, dummodo eo attracti non fuerint artificio aut fraude. C. C. art. 462. Ita et C. G. art. 564.

Resp. Si nemo reclamet aut neminem scias eas quaerere, certe potes eas retinere, ut tuas; sed confer iura civilia et consuetudines locorum.

183. Notandum tamen, alicubi inductam consuetudinem esse, ut liceat uti quolibet artificio ad columbas attrahendas in columbarium suum. Ac subdit Lugo disp. 6. n. 43.: « Et quidem expediret, ut hic mos ubique esset, ad vitanda nimirum iurgia et occasiones peccandi ».

184. Quid si columbae damnum inferant agris?

R. Fuerunt qui hac de causa illicita existimarunt columbaria. Vid. Laymann lib. 3. tract. 1. cap. 5. n. 18. quaest. 8. et Lugo disp. 6. n. 42.

Porro palam est in primis, rationem illam damni non militare nisi adversus ea columbaria, e quibus timeri illud damnum posset. Columbarium ergo in aliquo oppido vel pago, e quo non soleant columbae usque ad agros digredi, quia cibum habent sufficientem domi, non censeretur illicitum.

Porro Doctores (vid. Laym. et Lugo l. c.) contra licere affirmant hisce rationibus. 1° Quia agrorum domini non conqueruntur: id forte non semper verum est, sed interest utrum rationabiliter necne conquerantur. 2° Quia nisi haberentur columbaria, columbae omnes fierent silvestres et magis multiplicarentur, cum earum pulli non possent singulis mensibus occidi atque adeo plus damni inferrent: 3° quia utiles sunt ad cibum communem: 4° quia mala semina consumunt, quae si remanerent, magis fortasse nocerent tritico, quam columbae ipsae: 5° quia grana e spica non extrahunt, nec semina discooperiunt, sed vel grana ex spica sponte in terram delapsa vel semina non cooperta comedunt: 6° quia experientia constat, non minus colligi frumenti ex agro propter columbarium proximum quam si esset remotum. Haec fere ex Molina, quibus addit Lugo n. 42.: « generatim non quidquid agro vicino nocet prohiberi mihi potest in meo, si alias hoc etiam pertinet ad humanas utilitates... Sic ergo cum columbarum procreatio adeo sit utilis ad cibos humanos, non est prohibenda, eo quod per accidens tibi aliquod nocumentum afferat; poteris enim tu cum meo damno idem facere in agro tuo. Ad summum posses columbas a tuo tritico vi etiam repellere et ingredi volentes occidere aut etiam post damnum illatum eas pro noxa capere ».

Et reipsa si graviter noceant, nemo contradicere potest, quin liceat eas occidere; ius enim est cuique rem suam tueri etiam, cum aliter non possit, cum damno alterius, quod aequivaleat damno quod caveri necesse sit.

Ex iure gallico expresse licentia fit occidendi columbas tempore messis et sementis: eo enim tempore ex lege columbae clausae custodiri debent. Extra autem hoc tempus non praesumitur, eas graviter nocere.

185. Quoad apes haec leguntur Instit. l. c. §. 14.: « Apium quoque fera natura est. Itaque (apes) quae in arbore tua consederint, antequam

a te alveo includantur, non magis tuae intelliguntur esse quam volucres, quae in arbore tua nidum fecerint; ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque, si quos effecerint, eximere quilibet potest. Plane integra re, si pervideris ingredientem fundum tuum, poteris cum iure prohibere ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est nec difficilis persecutio eius; alioquin occupantis fit ».

Ac revera magis fera quam domestica esse animalia, patet, quia libere feruntur ac vagantur quo volunt. Quandiu tamen in alveari domestico habitant et illuc revertuntur, censentur animalia mansuefacta. Si vero ita avolent, ut dominus amittat spem probabilem recuperandi, fiunt primi occupantis. Haec ex iure communi.

186. Quisque vero regionis suae leges, si quae sint, inspiciat oportet. Ex iure gallico examen, quod avolaverit et ita effugerit, ut non facile prosequi possis, non est primi occupantis, sed pertinet ad dominum fundi, in quo consideat. Ex Gury. V. 1. §. 574. n. 2. (a).

187. Nunc quaedam solvendae quaestiunculae de venatione ac piscatione.

Quaeres 1° Tenetur ne restituere qui venationem illicite exercet? Resp. Illicita esse potest, quia prohibita v. gr. 1° clericis intuitu religionis aut filio ex virtute obedientiae. In hoc casu et hac de causa nulla est obligatio restituendi.

2° Prohibita esse potest ratione temporis, v. gr. ubi procreatio fit sobolis vel ratione instrumentorum, v. gr. hisce vel illis retibus etc. et pariter hinc non oritur onus restituendi.

3° Prohibita esse potest venatio aut piscatio in gratiam alicuius et dupliciter: videlicet 1° quia quispiam solus habeat ius venandi in hoc vel illo loco aut piscandi: 2° quando animalia erant ei applicata et sub eius dominio et ideo alii prohibebantur, ne sine eius venia venarentur.

188. Quod ergo attinet ad primam hypothesim, putabimus ius alicui factum v. gr. piscandi in aliquo flumine vel venandi in aliqua silva et hoc ius factum esse a principe sive gratis, sive pretio accepto et factum exclusive.

(a) Et iure italico, omnis proprietarius examinis apum, ius habet eas insequendi per alterius fundum, cum obligatione tamen compensandi damna illata possessori fundi. Si proprietarius eas intra duos dies non sit insecutus aut ab insectatione spatio bidui cessaverit, potest possessor fundi capere examen et retinere. Addit: idem ius competit proprietario animalium mansuefactorum, excepto casu art. 462. v. notam ad n. 180.: sed ipsa eius sunt, qui ea ceperit et retinuerit, nisi intra 20. dies reclamentur a domino. C. C. art. 713.

Communis sententia doctorum est, inquit Lugo disp. 6. n. 65., venatorem acquirere dominium ferarum vel piscium, quos capit.

Ratio est, quia ferae illae adhuc sunt in nullius bonis. Et licet dominus silvae habeat ius capiendi, nondum tamen cepit: ergo illae adhuc manent in sua libertate. Item qui ius habet piscandi exclusive, non ideo tamen est dominus piscium, qui suam libertatem retinent.

At inquies: ille voluit capere et princeps voluit esse illius. Resp. Nec ferae nec pisces nostri fiunt per solam voluntatem et quandiu liberi sunt, non sunt adhuc in dominio principis aut ullius. Ergo venator reperit eas in bonis nullius et si capit, fit earum dominus.

189. At, inquiunt, nonne venator violat ius alterius, ius inquam, ut solus venetur vel piscetur in illo loco.

Resp. Multi Doctores, apud Lugo disp. 6. ib. n. 60., affirmarunt, peccari contra iustitiam, licet simul contenderent, acquiri a venatore dominium ferae captae atque insuper teneri ad restitutionem, sed non ad restitutionem ferae captae.

Quomodo fieri id possit, bene explicat Lugo ibid. n. 66. Nam fieri possunt utique pacta ex iustitia, quorum violatio importet onus restitutionis, neque tamen restituere id debeas, quod lucraris ex violatione pacti. Ita v. gr. Lucius obligat se ad non venandum in ista silva et propterea etiam accipit pretium: tamen hoc pactum non impedit quominus liberae maneant ferae atque adeo fiant primi occupantis. Ita si te obliges ad non emendum agrum, violando pactum, peccas contra iustitiam: at dominium tamen agri consequeris. Item dicito de pacto non contrahendi sponsalia cum quapiam: cuius pacti violatio non impedit, quominus validum sit matrimonium contractum cum alia.

Ex his autem consequi videtur, quod venator debeat restituere non quidem feram, sed damnum illatum. Omnis enim actio iniusta obligat ad restitutionem damni, quod ex ipsa consequitur illi, qui iniuriam patitur. Sed de hoc infra.

Ceterum Lugo disp. 6. n. 69. probabile censet, reipsa non peccari contra iustitiam.

Ratio est, quia princeps, dum hoc ius exclusive cuipiam tribuit sive ad remunerationem ob bonum commune, cui ille operam suam impenderit, sive etiam statuto et accepto pretio, v. gr. cum demanium locat silvas vel lacum, non censetur prohibere aliis venationem nisi eodem modo ac cetera prohibet: v. gr. dum prohibet, ne quis conficiat saponem, ne quis piscetur thynnos, ne quis exerceat commercium piperis etc.; licet enim cuipiam data sit praerogativa monopolii, tamen nemo damnat, tanquam iniustitiae reos, illos qui eiusmodi leges violent; licet rei sint vel

inobedientiae culpa, si lex sub culpa obliget vel certe, si lex poenalis habeatur, ad solvendam mulctam, si deprehendantur.

190. Neque dicas, principem concessisse alicui animalia, quorum dominium transferre potest. Nam utique si animalia libera non essent sed sub custodia, censeretur transferre ius ex iustitia, non secus ac si v. gr. princeps donet vel privato vel monasterio aliquod pratum communitatis. At animalia heic, cum sint libera, non sunt sub dominio principis: non ita igitur concedit privilegium venandi vel piscandi, ut censeatur transferre dominium. Itaque solum prohibet aliis actiones alioquin licitas, uti sunt v. gr. adsportatio mercium.

191. Dices: dominus silvae habet ius, ne alii ingrediantur illam, sicut si esset dominus fundi. Ergo qui invito domino ingreditur, tenetur saltem ex hoc capite ad damnum resarciendum.

Resp. Si silva est aperta, dominus nec solet nec potest prohibere transitum: non erit ergo ex hoc capite obligatio restituendi. Si vero silva muris est clausa, ingressus, invito domino, utique est contra iustitiam: at regulariter non hinc oritur obligatio restituendi; quia princeps seu dominus non solent curare de ingressu, sed de venatione post ingressum. Quidquid sit, si quis ex iustitia tenetur non ingredi, tenetur ad mulctam, si sit et ad reparationem damni sequuti ex ingressu: ac mensura restitutionis esset quantitas damni, quod subiit venandi ius, propter ingressum illum, in particulari (Lugo n. 70.), ut dicemus.

192. Quaeres 2° quomodo ad restitutionem obliget venatio aut piscatio aut aucupium, quando animalia sunt sub dominio domini illius loci.

Resp. Certum est in hac hypothesi debere restitui illa animalia; quia eorum captura est proprie furtum et ablatio rei alienae.

193. Sed difficultas est, quandonam animalia censeantur esse sub dominio alicuius.

Ea de re in l. 3. Dig. *de Acquirenda rerum possessione* §. 14., haec leguntur: « Item feras bestias, quas vivariis incluserimus et pisces, quos in piscinas coniecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt aut feras, quae in silvis *(non?) circumseptis* vagantur, a nobis non possideri; quoniam relictae sint in libertate naturali: alioquin, etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est ».

Ergo non quilibet locus clausus efficit, ut animalia ibi inclusa sint sub alicuius dominio. *Custodia* intelligi debet (Struggl. tract. 6. q. 2. n. 31.) spatium ita arctum aut tam bene dispositum, ut dominus pro arbitrio feras capere possit, non autem intelligitur spatium, utique clausum, adeo tamen vastum, ut ferae in illo naturali libertate praeditae videantur, ex. gr. si sint in aliqua insula ad duas vel tres leucas se extendente, aut pisces in lacu, quem dominus nequit derivare et pisces pro libitu suo capere.

Ita et Laymann lib. 3. tract. 1. cap. 5. n. 12.: Si custodia, qua ferae conclusae continentur, magnae vastitatis sit et magis natura loci quam hominum industria constituta, uti sunt cervi in saltibus, pisces in stagnis aut rivis, ideoque illorum captura difficilis et dubia exsistat, tunc ferae manent in sua libertate atque ad nullius dominium spectant.

Unde concludit: « Quare qui feras per iniuriam extrahit, proprie furtum non committit, sed iniustum damnum, ad cuius compensationem obligatur et puniri solet in foro externo, inspecta qualitate facti.

194. Ad appropriationem, inquit Lugo disp. 6. n. 72., duo requiruntur. Primum est, quod animalia ita sint clausa, ut exire non possint. Imo neque id sufficit, nisi ita subsint potestati domini, ut facile capere ea possit. Ratio est, quia licet in magno aliquo lacu pisces ita contineantur, ut exire non possint, possunt tamen adhuc effugere retia illius, qui capere ipsos velit. Quod idem dicendum est de feris in aliqua magna silva circumsepta contentis; dum enim vagari possunt et fugere venatorem, adhuc retinent suam libertatem.

Itaque si animalia alibi capta vel pisces capti, immitterentur in eiusmodi silvas vel lacum et ibi procrearent et gignerent, non amplius sunt sub dominium: sed dominium ea immissione perditur; quia ea animalia suam libertatem recuperarunt.

Addo nec sufficere, quod dominus, quoties vult, facile possit *aliqua* eorum animalium capere; nam ubi est magna copia sive ferarum sive piscium, nihil sane facilius, quam singulis horis pro libito aliquot capere. Hoc tamen non satis est, ut singuli dicantur esse sub eius dominio; singuli enim suam libertatem retinent et fugere possunt.

Secus vero dicendum, si pisces vel ferae sint in aliquo vivario vel in piscina, quae facile exhauriri possit: quo casu omnes pisces vel omnes ferae facile capi possent.

195. Secundum, quod requiritur (Lugo ibid. n. 73.) ad dominium, hoc est, quod non modo ferae debent esse clausae, sed etiam dominus aliquo modo eas apprehenderit. Unde varii casus possunt resolvi, an sufficiat locus clausus ex natura sua, an vero debeat esse locus clausus de industria.

Nam 1° Apes in aliena arbore ex se nidificantes et mellificantes, non ideo sunt domini arboris.

Imo 2° si alveare tuum vacuum posuisti, ut v. gr. exsiccaretur et interim examen apum peregrinum illuc advolaret, non magis inde fit tuum, quam si tua in arbore consedisset.

Idem 3° dicito de ave, quae casu in cubiculum tuum intravit et deinde exire non potest. Adhuc enim non est tua, quia nempe alius potest eo intrare et capere.

Contra si 4° alveare in eum finem constituisses, ut examen apum, si quod adveniret, in se reciperet, tuum esset.

Item 5° Si locum domi tuae ita comparatum haberes, ut pisces cum maris fluxu ingrederentur, non possent tamen cum refluxu exire, quia non possunt ex loco illo profundo ascendere, poteris in hunc finem locum illum conservare et vere acquires dominium eorum piscium non minus, quam si arte eum locum construxisses. Neque enim refert, locus naturane sit talis, an arte: dummodo uti velis eo ad finem capiendi animalia eo ingressa.

Ratio ergo est, quod ad acquirendum dominium non sufficit animalia esse in tali loco, in quo subsint tuae potestati; sed requiritur animus ea acquirendi. Hinc non fit tuum examen considens in arbore tua, quia non tua haec erat intentio, quando arborem plantasti. Si vero viso examine vis apprehendere et paras alveare, iam tunc tuum erit.

Quia tamen hic animus apprehendendi frequentius habetur in iis locis, qui parati sunt industria, quam in aliis, quae talia sunt ex natura sua: hinc frequentius in illis acquiritur dominium, quam in aliis, quibus claudi animalia potuere praeter intentionem tuam.

196. Dictum est superius n. 192., eum qui illicite venatur in loco, ubi animalia ita sunt clausa, ut sint sub dominio domini, teneri ad restitutionem ferarum etc.

At quid dicendum, quando utique sunt clausa, non ita tamen, ut censeantur ferae amisisse libertatem suam?

Resp. 1° iste peccat et, iuxta quosdam, quidem contra iustitiam: iuxta alios solum contra obedientiam, si agatur de loco, ubi ius venandi non oritur ex proprietate fundi, sed ex principis privilegio: aut contra iustitiam solum quatenus violenter ingreditur domino invito aut quatenus damnum causat: 2° comparat tamen dominium animalium captorum: 3° etsi teneatur solvere poenam, modo sententia feratur 4° et insuper teneatur reparare damnum, si quod obvenit eius culpa.

197. Itaque 1° peccat contra iustitiam quia contravenit alterius iuri concesso, ut solus ibi venetur. Vide tamen superius dicta ex Lugo, supr. n. 189. Pro quantitate autem damni illati iudicandum, an culpa sit letalis, an venialis: neque id desumi debet ex valore captorum animalium, aut ex emolumento quod quis recipiat ex venatione. Hinc *casum* solve: si venator intenderet maius damnum inferre, adeo ut interius culpa sit letalis, non tamen illatum damnum ita grave esset, mensura heic quoad obligationem restitutionis desumi debet ex damno, non ex interna culpa.

2° Quod dominium sibi comparet eorum, quae capit, palam est; quia animalia ex hypothesi suam habent libertatem.

Inde fit, ut venator utique teneatur ad reparationem damnorum: is

tamen qui emit carnes vel alia ratione habuit, ad nullam restitutionem tenetur, etsi sciat ubi et quomodo capta sint, sed tuta conscientia accipere et retinere potest. Ergo si a venatore emas carnes v. gr. porcelli et apri, utique pro primo debes restituere, non pro secundo.

Dices: non acquiri dominium, si quis cedat ligna ex aliena silva. Sed resp. ligna ex terra nascuntur, eique adhaerent et pertinent ideo, ceu terrae fructus, ad dominium illius, cuius est fundus: ergo si colligantur ac caedantur contra domini voluntatem, dominium eorum permanet apud eum, cuius erant. At ferae non sunt fructus terrae et cum sint in sua libertate, nullius sunt propriae, sed iure gentium fiunt primo capientis.

Quod si in quibusdam regionibus (vid. Molin. tom. 1. disp. 61. n. 5.) usu receptum erat, ut, si quis aliquid capiat in fundo alieno, domino prohibente, res hoc modo capta sit domini fundi: hoc ita intelligendum est, non quod ipso facto et ex rei natura dominus fundi dominium illius acquirat, sed quod illi in foro externo sit adiudicanda tum in poenam capientis, quod invito domino venationem exercuit, tum in compensationem damni, si quod intulit. Quare ante sententiam ad id non tenetur venator, sed solum ad id, quod est ex iure communi, quod heic explicamus.

Diximus 3° debere venatorem solvere poenam, modo condemnetur a iudice iusto et hoc non indiget probatione; illata enim est iniuria aut certe patrata est inobedientia et aliunde supponimus, poenam esse moderatam ac iustam.

Heic insuper advertendum, quod solutio poenae non excusat per se a restitutione damni quod illatum est, sive restitutio facienda sit eo quod animalia reipsa erant in dominio illius, sive alia de causa, quam mox subiiciemus idque etiamsi poena fuerit aut carceris, aut flagellorum, aut mulctae.

Tamen utrum praeter poenam subeundam, addenda sit restitutio pro damno et utrum dominus censendus sit contentus illa poena, id ex consuetudine et loci statutis desumendum est. Si enim dominus ultra poenam non soleat exigere reparationem damni, censendus est ea esse contentus. Quod si ex magnificentia domini intelligeretur, eum non curare damni restitutionem, sed solum statuere poenam ut ferae tutae sint nullusque eas venari audeat (ut de principibus ac magnatibus regulariter praesumendum est), iniungenda non esset restitutio, etiam si poena soluta ideo non fuerit, quia crimen mansit occultum.

198. Quod vero 4° damnum sit reparandum, patet, quando damnum ex iniuria reipsa sequutum sit, cuiusmodi esse potest v. gr. lucrum cessans.

Hoc porro damnum atque adeo restitutio pensanda sunt iudicio prudentis, attentis omnibus circumstantiis.

Sane quando praeda capta sit in vastissima principis silva, modica aut nulla ex rigore iustitiae iniungenda est restitutio. Neque enim restituendum est quantum valent animalia iam capta aut quantum venator lucratur ex venatione: neque iterum restituendum est quantum valent dum sunt libera in silva, quando scilicet adhuc industria apponenda est, ut capiantur. Restituendum igitur solum est quantum sua intererat, animalia non esse capta, eo quod plura animalia per ipsum dominum ac per suos forent capienda, nisi quis iniuste accepisset. Porro cum multa alia animalia maneant in saltu, neque iniusta venatio impedimento regulariter esse soleat, quominus dominus capere possit quotquot voluerit, nulla sane restitutio est iniungenda; nam venatio tunc solum cessit in iniuriam aut inobedientiam: pro hac iniuria seu inobedientia, praeciso damno, debetur utique poena, si sententia accedat, sed non restitutio. Quod vero dominus plus aut minus aegre ferat id, hoc solum aggravat vel minuit offensam, non vero infert damnum. Huc pertinet (ex analogia), quod l. 29. §. 3. Dig. *ad Legem Aquiliam* dicitur: « Ubi damni iniuria agitur (ob navem piscatoriam, quae incidisset in retia piscatoris) ob retia: non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur idemque in venatoribus et aucupibus probandum ».

Et eodem modo iudicandum est de restitutione pro piscibus in loco prohibito captis. Si quis neque piscetur pisces, qui in eo loco non commorantur, sed transeunt neque haec captura impediat, quominus is, qui habet ius, per se vel per alios capiat eos neque ex iniusta piscatione decrescat piscium pretium, sane ad nullam restitutionem tenetur.

199. Si vero aliquid detrimenti proveniat, id est restituendum ante iudicis sententiam.

Si itaque agatur de animali (vel pluribus), quod fundi dominus certe capturus erat, nisi alius contra prohibitionem eius cepisset, restituere tenetur valorem animalis, quoniam damnum est aequale lucro, quod impedivit. Si vero res dubia erat, plus minusve pro rata dubii tenetur domino restituere. Si vero moraliter certum erat, nullum lucrum ea de causa impediendum, eo quod aut neque dominus capturus ipse erat, neque locaturus silvam aut stagnum, ad nullam restitutionem tenetur.

200. Quid porro quoad piscationem vel venationem in quoquo loco prohibitum sit, ex legibus locorum diiudicandum est. Quoad piscationem concedi ubique solet, ut *linea proiectili* (idest proiiciendo hamo, qui alligetur filo lineo) capiantur pisces.

Ex dictis autem patet, nullum restitutionis onus oriri ex eo posse, quod quis *tempore interdicto* aut *prohibitis instrumentis* venetur.

201. Quaer. An fera sit laqueum ponentis, an eam a laqueo eximentis. Generalis responsio est ex Lessio lib. 2. cap. 5. n. 48.: Navarrus cum

aliis tenet esse eximentis ob l. *In laqueum* 55. Dig. *de Acquirend. rer. domin.* Confirmatur; quia non acquiritur dominium nisi per apprehensionem: qui autem posuit laqueum, nondum apprehendit. Ex sententia Lessi haec opinio probabilis est.

Sed *verius,* inquit, et magis rationi consonum est, ut sit eius qui laqueum posuit. Nam hic apprehendit et occupavit per suum instrumentum, adempta ei naturali libertate: haec autem apprehensio sufficiens videtur, ut debeat illius censeri; sicut enim manibus, ita aliis instrumentis apprehendere possumus et in potestatem nostram redigere. Et favet illa lex superius citata (quam vid. infr. Resp. 3.). Insuper nemo est, qui non putet sibi iniuriam factam, si fera sic capta tollatur.

Ad confirm. resp.: Apprehensionem sufficienter fieri per instrumentum: quod si talis apprehensio non censeatur sufficiens ad comparandum dominium (quod probari non potest), nihilominus satis est ad comparandum *ius ad rem;* cum tu exclusis aliis possis rem apprehendere: ita ut si alius te praeveniat et te impediat a consecutione illius rei, teneatur ad restitutionem. Ita etiam Molina. Et generatim statui debet, non solum *manu* ferarum dominium apprehendi, sed retibus, laqueo, sagitta, telo et quocumque vulnere, quod eam plene in tuam redigat potestatem. Lugo disp. 6. n. 77.

Resp. 2° Si laqueus positus sit in fundo, in quo quispiam habeat exclusivum ius venationis, hic non solum potest feram eximere, sed etiam laqueum aut alia instrumenta auferre, nec ad restitutionem tenetur. *Communis.* Ratio est, quia talis ablatio ex communi consuetudine censetur poena pro laeso iure venandi. Struggl. n. 73. pag. 165.

Resp. 3° Si laqueus in publico fundo positus sit et fera ita est illaqueata, ut evadere non possit, ea est potius laqueum ponentis, quam eam a laqueo eximentis. *Communius.* De hac re in *Digest. de Acquirend. rer. dominio* l. 55. « In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; cum in eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum in silvam dimisissem: eo casu tuus esse desiisset, an maneret? Et quam actionem mecum haberes, si desiisset esse tuus? num in factum (quae est actio vicina rei vindicationi) dari oporteret? Respondit: Laqueum, videamus, ne intersit in publico an in privato posuerim: et si in privato posui, utrum in meo an in alieno: et si in alieno, utrum permissu eius, cuius erat fundus, an non permissu eius posuerim? praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit? *Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit;* sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset et actionem mihi in factum

dari oportere: veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex navi eiecisset ». Vid. adnotata inferius a Lugo n. 204.

Ratio responsionis est quia ponens laqueum in hoc casu sufficienter feram apprehendit suo instrumento et quasi *longa manu:* acquisivit ergo eius dominium. Si tamen alicubi diversa vigeret consuetudo, eximens posset excusari a restitutione. Struggl. ibid.

Resp. 4° Si laqueus positus sit in privato alterius fundo sine consensu domini, probabilius est, quod fera sit domini eximentis. Ita *communior*. Ratio est, quia fera hoc modo capta computari potest inter fructus fortuitos fundi. Ibid. Verius videtur distinguendum, an invito domino fundi fiat, an solum sine expresso consensu, sed aut praesumpto aut neglecto sine contemptu. Si fiat invito domino aut cum contemptu, ratio cur praeda potiri possit, videtur haec, quod sicut habet ius impediendi ne ingrediaris ad laqueum ponendum, sic ut ne ad eximendam quidem feram introeas. Posset igitur feram dimittere: sed dimittendam plene potest occupare.

Resp. 5° Si quis laqueum posuit in proprio fundo, tunc fera perfecte illaqueata pertinet ad dominum et non ad alterum eximentem. *Communis*.

Ratio est, quia L. 9. §. 5. Dig. *de Usufructu* dicitur: « Aucupiorum quoque et venationum reditum Cassius ait lib. 8. iuris civilis, ad fructuarium pertinere. Ergo et piscationum ». In casu autem fera utpote capta est fructus, fortuitus utique, sed fructus.

Resp. 6° Si fera ita est illaqueata, ut posset se iterum extricare, tunc semper est eximentis. Ita *Communis*.

Ratio est, quia nondum dici potest sufficienter capta, ac propterea nondum est sub dominio illius, qui posuit laqueum.

Quod si dubium sit, an posset fera se extricare, fera videtur dividenda inter parantem laqueos et eximentem feram. Molina apud Lugo disp. 6. n. 76. « Fit capientis, qui tamen debet reddere vulneranti vel domino laquei quantum valet moraliter spes, quam habebat capiendi feram ». Hoc postremum non admittit Lugo disp. 6. n. 81.; quia spes lucri compensanda est solum, quando iniuste agis, non quando uteris iure tuo: secus compensare deberes spem lucri, quando utens melioribus canibus capis feram, quam alii insequebantur: at dum fera est libera, quisque utitur iure suo eam capiendo.

Obiic. Si fera eximi a laqueo potest in casu; ergo si videam tuam avem paulo post iam rupturam caveam, potero eam mihi sumere. Resp. Lugo disp. 6. n. 82. N. paritatem. Quia avis manet tua ratione praecedentis apprehensionis et sub dominium tuum est, quousque manet: at in casu feram nondum habebas ut tuam nec adhuc facta est tua et ideo libera est.

202. Si fera ab uno fuit vulnerata et capta ab alio, distinguendum est. Nam 1° quando fera ita vulneratur, ut non possit amplius evadere pote-

ST. MICHAEL'S COLLEGE LIBRARY

statem vulnerantis procul abeundo, tunc illa est vulnerantis et non capientis. Hic igitur tradere vulneranti eam deberet. Quod si dubia res est, tunc aequitas postularet, ut fera divideretur. Molina et Lessius apud Laymann. Nam vulnerans sufficienter ademit ferae libertatem et in suam potestatem redegit. Bene Lessius lib. 2. cap. 5. n. 47.: « Tria requiruntur ut fiat percussoris, 1° ut eam laeserit quantum satis est ad capiendum: 2° ut laesam insequatur: 3° ut moraliter certum sit, eum apprehensurum illam esse. Tunc enim censetur vere habere eam in potestate; quia censetur quasi capta: unde alius non potest eum praevertere ». 2° Si vero vulnus est eiusmodi, ut fera possit fugere per silvas et se oculis vulnerantis subtrahere, tunc non est vulnerantis, sed capientis. Consonat l. 5. Dig. *de Acquir. rer. dominio,* ubi dicitur « feram naturalem recepisse libertatem, quando difficilis est eius persecutio ». Ratio est, quia nondum adempta est (moraliter) libertas ferae, atque adeo nondum redacta est in potestatem. Sic hac de re in lib. 2. *Instit.* tit. *de Rer. division.* §. 17.: « Illud quaesitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, *statim* tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam et eousque tuam videri, donec eam persequaris; quod si desieris persequi, desinere esse tuam et fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter esse tuam, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus; quod multa accidere soleant, ut eam non capias ».

203. Gothofredus ad l. 5. Dig. *de Acquirendo rerum dominio* haec habet: « Trebatii sententia, fera vulnerata fit eius qui vulneravit, Caii sententia, occupantis. Sed aliter Fridericus distinguit apud Radericum lib. 1. cap. 26. *de gestis Friderici:* Si quis, inquit, cum canibus venatoriis sive molossis feram invenerit et persecutus fuerit, ut ei potius quam occupanti cedat: si cum canibus leporariis sive laconicis, ut occupanti cedat: si lancea vel gladio vulnerarit aut occiderit, nondum ceperit, ut eius sit, non occupantis: si telo, ballista aut arcu emisso occiderit, ut aeque eius sit, non occupantis; eousque tamen donec eam persequatur... ».

Ita constat (inquit Gothofredus) posteriores iuris consultos et Imperatores diligentius quaedam tractasse quam priores.

204. Lugo autem (ad praemissas leges §. *Illud quaesitum* et aliam sup. n. 189. *In laqueum*) adnotat disp. 6. n. 74. Proposuit quidem Proculus l. *In laqueum* varias quaestiones circa hunc casum: sed ut bene advertit Azor, eas quaestiones non solvit in particulari, sed doctrinam quandam generalem subiicit, ex qua resolvi possent, scil., quoties fera in tuam potestatem venit, tuam esse: ex qua doctrina aliqui potius colligunt, sensisse Proculum ibi, quod fera esset illius, qui laqueum praeparavit, quia iam in eius potestatem venerat; ad minus nec etiam oppositum declaravit.

Ad illud vero §. *Illud quaesitum*, responderi potest, Iustinianum ibi loqui de illa fera, quae non erat adhuc in plena et secura potestate vulnerantis et ideo fieri capientis eam. Ratio enim, quam subdit, id declarat, quia nimirum *multa possunt accidere, ut percutiens eam non capiat*. Non ergo loquitur de illa, quae omnino iam erat in potestate vulnerantis perinde ac si mortua fuisset; de hac enim non procedit ratio illa, uti patet.

205. Si quis insequatur feram et haec evadere iam non possit, ac dum fugit, incurrat in laqueum a te paratum, cuiusnam erit ipsa?

Molina disp. 42. in fin. tom. 1. distinguit ita: Si laqueus ita fuit causa ut caperetur, ut alioquin evadere potuisset, dividendum inter utrumque, quia uterque causa fuit ut caperetur. Si vero evadere non poterat et sola insecutio venatoris sufficiens erat ad capiendum, totum pertinet ad insecutorem; quia laqueus ad hoc ut caperetur per accidens se habuit ».

Lessius lib. 2. cap. 6. n. 50. respondet: Si fera, quam insequor, incidat in laqueum tuum, uterque habet ius occupandi: tu, quia laqueo tuo capta est, ego, quia mea industria incidit; nisi enim excitassem, non incidisset. Ergo erit alterutrius, qui prior illam occupaverit.

Lugo vero disp. 6. n. 79. censet, esse illius, in cuius laqueum incidit; nam quidquid antea tu persequendo egeris, nondum cepisti: ego autem primus cepi laqueo meo, cum antea non esset capta, sed solum proxima ut caperetur.

206. Obiic. Si vulnerata ita a me fuisset, ut certo caperem et sic vulnerata incidisset in laqueum tuum, nonne esset mea? At resp. Lugo ibid. negando paritatem. Nam tunc ratione vulneris fera non potest retinere aut recuperare libertatem. At in casu evadere te persequentem potest; nam potest ad me confugere. Nam ferae aliquando, dum fugiunt persecutionem hominum vel canum, interdum confugiunt ad hominem, tanquam ad refugium: hic autem homo potest suscipere tutelam et aut donare libertatem aut retinere ut suam. Si enim id fit de hoste fugiente, cur non fiat de fera? Non erat ergo in persequentium potestate: secus ii, ad quos fera confugit, non potuissent eam retinere.

A fortiori id valet, si fera adhuc evadere persequentes poterat, si in laqueum non incidisset. Nam licet insequentes in causa fuerint, ut eam capiam, tamen ego solus cepi, non ipsi: sicut si ipsis insequentibus volasset ad manus meas, ego solus acciperem et apprehenderem, non illi; nec quicquam ex rigore iustitiae deberem ipsis restituere, nisi ex quadam congruitate ob laborem susceptum et propter occasionem lucri, quem dederunt.

207. Obiic. Cum fera illaqueata nondum sit ita capta, ut non possit liberari, v. gr. ex benignitate mea: potero ergo eam mihi capere.

Resp. Neg. par. quia illaqueata fera non in eo est, ut capiatur, sed

capta censetur, instrumento scilicet quod manui aequivalet: non possum autem aliquid a te captum liberare ac mihi comparare.

208. Lessius ibid. n. 50. alium casum eodem modo solvendum sic proponit: « Si nassam (est nassa quoddam cistae ex vimine genus ad piscandum, quam pisces ingrediuntur, at egredi ab ea non possunt) in flumine intenderim piscibus capiendis, pisces capti mei sunt: eadem enim est ratio quae laquei. Quod si tu, ubi plena fuerit, exemptis piscibus, eam eodem loco vel alibi reponas: quod secundo loco captum erit, tuum erit, si prior occupaveris; quia etsi meo instrumento, at hoc factum est tua industria, quia nassam ibi tuo nomine posuisti: meum vero, si ego prior, quia meo instrumento captum. Hoc maxime aequitati congruit ».

CAPUT IV.

DE ACCESSIONE.

XIII. Accessionis nomine heic venit quaelibet rei adiectio ad res alterius, qua fiat, ut in huius dominium et res adiecta transeat. Accessionis autem plures assignantur modi, qui ad duplex caput revocari possunt, nempe ad originem et ad unionem.

XIV. Ad originem refertur productio seu nativitas, sive ea realis sit, cuiusmodi sunt partus animalium ac fructificatio agrorum, sive talis habeatur ex fictione iuris, cuiusmodi sunt v. gr. pensio locationis domorum aut censuum. Porro quidquid nascitur seu producitur, per se ad producentis seu parientis dominum pertinet.

XV. Per unionem autem res accedere rei potest vel immobili vel mobili.

Rei immobili quidpiam accedit 1° per aedificationem, quando scilicet aedificium construitur vel ex materia aliena in proprio fundo, vel ex materia seu propria seu aliena in fundo alterius. Generatim dominium fundi secum trahit quidquid supra vel infra positum sit. Aedificium igitur est illius, cuius est fundus, facta tamen, quam leges exigant, compensatione.

2° Per plantationem seu sationem, de quibus eadem fere dicenda recurrunt, ac de aedificatione dicta sunt.

3° Per alluvionem, quando scilicet vi cursus fluminum paulatim vel alicui praedio delata materia accedit, vel quaepiam ripa aquae cursu recedente deseritur. Incrementum enim ad eum spectat, cuius est fundus.

209. Pauca de his delibamus ac levi manu tractamus; ad iuristas enim propius pertinent, ad quos proinde, sicubi opus sit, recurrendum erit pro uberiori notitia haurienda.

Adverte in primis hoc in loco *Accessionem* sic a quibusdam usurpari, ut significet modum specialem dominii acquirendi. Ita Laymann lib. 3. tract. 1. cap. 5. n. 21. interrogat: « Quomodo dominium rerum acquiratur per specificationem seu formationem, per accessionem, confusionem, commixtionem, inaedificationem, inplantationem, scriptionem, pictionem? »

Ita et s. Alph. lib. 3. n. 497: « Accessione, quando alicui rei accedit ornamentum, licet pretiosius, puta, si vesti tuae intexitur purpura aliena etc. ».

Ita alii, ut Struggl tract. 6. q. 2. art. 1. n. 8.: « Accessio est unio, qua aliquid accidentale adiungitur principali ».

210. Sunt tamen, qui accessionem veluti genus habent; de quibus Vinnius lib. 2. tit. 1. n. 19.: « Doctores vulgo utramque illam *rei nostrae* vim (feturam scilicet et accessionem) uno accessionis nomine comprehendunt, cuius deinde duo genera faciunt: discretam, puta fetus animantium et continuam, veluti alluvionem ».

Ceterum Vinnius ibid. sic rem composuerat: « Quaecumque iure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus: 1° facto et occupatione nostra, 2° rei nostrae potestate ac beneficio. Rei nostrae haec vis est, ut duo nobis tribuat, *feturam*, hoc est quidquid ex ea nascitur aut provenit et *accessionem*, seu quidquid accedit ita ut unitum ab ea trahatur: quae distinctio docendi causa a nobis retinebitur ».

Sententiam autem, quam vulgo DD. esse inquit Vinnius, praeter alios habet et Wigandt, dicens tract. 8. exam. 3. qu. 11: « Accessio est, qua res accedit ad eam, quae tua est, vel bona fide putatur esse tua et ex hoc fit tua ». Non tamen retinet Wigandt partitionem accessionis in *discretam et continuam*, quam Doctoribus tribuit Vinnius; sed ita habet l. c.: Est autem duplex, una *naturalis*, altera *industrialis:* ad naturalem revocans *nativitatem* et *alluvionem*, ad industrialem autem *implantationem*, *aedificationem* etc. Quam partitionem accessionis habet et Vinnius, licet hic minus genericam ac latam, ut vidimus, proponat rationem accessionis. Nam dicit l. c. §. 26. n. 1.: « Diximus, quaedam rebus nostris accedere beneficio fluminum veluti a *natura*, quaedam *facto et opera humana* ». Et superius, §. 20. n 1.: « *Accessio* contingit vel facto et opera hominis, vel citra eam naturali operatione ac beneficio fluminis ».

211. Ceterum non multum interest, illamne an istam partitionem quis seligat: satis erit, si de re constet.

Accessionis itaque duo veluti capita statuimus, *originem et unionem*. Origo est vel *naturalis* vel *civilis:* unio vel *naturalis* vel *industrialis*.

Ad originem refertur nativitas. Qua de re, Instit. lib. 2. tit. 1. *de Rer. divis.* §. 19.: « Item ea, quae ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, eodem iure tibi acquiruntur ». Haec repetuntur in *Digest. de Acquir. rer. domin.* leg. 6. Huc revocari potest et l. 84. §. 10. *Legatum* Dig. *de Legatis Primo*, ubi inquit: « Consequens est, ut partus quoque matrem sequatur » et ut habet Glossa in h. c., *partus ventrem sequitur*. L. 28. Dig. *de Usuris*: « In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii ».

212. 1° Haec autem acquiruntur etiam nobis ignorantibus; quia acquiruntur vi et potestate rei nostrae.

2º Eadem ratione fiunt nostri fetus animalium nostrorum, ac nostra fiant, quae in solo nostro nata sunt: videlicet solum ipsum facit haec nostra, non vero ratio ulla vel plantatio undecumque sit. Ita l. 25. Dig. *de Usuris* et *fructibus*: « Omnis fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur ».

3º Ergo nihil interest, an fetus conceptus fuerit de masculo tuo vel alieno, quia vis maris perinde habetur ac satio.

4º Cum fructus a solo nostro separati ideo nostri sint, quia cum adhuc solo adhaererent, pars soli intelligebantur, ita et fetus, ab animalibus nostris editi, manent nostri, quia antequam edantur censentur pars viscerum matris.

5º Ad originem referri debent, quae in nostris praediis, seu generatim nostro solo nascuntur: ut in praecedentibus indicatum est. Item fructus arborum, herbae prati etc., gumma ex arboribus, folia etc.

6º Pensiones, census, canones pro emphyteusi etc. tanquam fructus civiles.

213. Unionem fieri diximus vel rei immobili vel mobili. Quoad immobile, fit accessio per aedificationem. Qua de re in primis illud ex *Instit.* § 29. *De rer. divis.* statuendum: « Omne quod solo inaedificatur, solo cedit ».

Necesse est autem, ut aedificium solo cohaereat: secus dicendum, si sit mobile. Hinc. l. 60. Dig. *de Acquirend. rer. domin.*: « Titius horreum frumentarium novum, ex tabulis ligneis factum, mobile, in Seii praedio posuit: quaeritur uter horrei dominus sit? Respondit, secundum ea quae proponerentur, non esse factum Seii ».

Nomine soli venit etiam murus. Hinc illud l. 28. Dig. *de Acquir. rer. dom.*: « Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium (eius) id, quod aedificaverit, fieri Labeo et Sabinus aiunt. Sed Proculus tuum proprium, quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius aedificasset; quod verius est ».

214. Cur autem possessio et dominium acquiratur soli domino, sic Vinnius ad §. 29. *de Rer. divis.* lib. 2. tit. 1.: « In coniunctione rerum, de qua agimus, uti ex naturali ratione praestantior existimanda est ea, quae per se consistere potest, inferior, quae imponitur et sine illa consistere non potest; ita et eadem ratione fit, ut haec ab illa per praevalentiam trahatur illique ut praestantiori cedat, ac proinde utriusque dominus efficiatur, qui dominus fuerat praestantioris ». Id eruitur ex l. 23. §. 3 et 4. Dig. *de Rei vindic.* quae ait: « Necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam, alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli (mali) cogar pretium eius, quod accesserit, dare ».

Haec itaque ratio generalis est ad omnes species huius unionis pertinens.

215. Primus ergo casus est, cum quis in solo suo aedificat ex materia aliena.

Ea de re sic habent *Institutiones* lib. 2. *De rer. divis.* §. 29.: « Cum in suo fundo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii; quia omne, quod solo inaedificatur, solo cedit ».

Sed animadvertenda quae sequuntur ibid.: « Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit dominus eius esse: sed tantisper neque vindicare potest, neque ad exhibendum de ea agere (actio est ad exhibendum, qua petitur ut quid exhibeatur: exhibere porro est facere potestatem, ut ei, qui agit, experiendi sit copia) propter legem duodecim tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestare per actionem, quae vocatur de tigno iuncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua aedificia fiunt (a). Quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam consequutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum de ea re agere ».

Quod autem dicatur manere dominium materiae penes alium, ita de hoc Vinnius (n. 2. Comment. ad §. 29. lib. 2. tit. 1.): « Sciendum est, pro diversa materiae consideratione utrumque dici posse et dominum aedificii materiae quoque dominum effici et materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel caementa consideremus ut iuncta et connexa aedificio, hac consideratione, quandiu iuncta manent, ipsius aedificii sunt et domini totius: unde et dempta dicuntur in pristinam causam reverti iuxta

---

(a) Ex iure romano. Omnis materia, ex qua aedificium constat, vel quae vineae necessaria est, ut perticae, pedamenta etc., nomine *tigni* appellabantur et habetur Codicis lib. 47. tit. 3. *De tigno iuncto*, qui titulus pariter est 3, libri 47. in Digestis, *De tigno iuncto.*

Porro si quis tignum alienum iunxerit aedificio suo, ex lege duodecim tabularum non permittitur eximi, ne hoc praetextu aedificia diruantur et publicus deformetur urbis aspectus vel vinearum cultura turbetur.

Si autem qui iunxerat alienum tignum, bona fide egerat, domino tigni datur actio in duplum aestimationis ita, ut, duplo praestito, tignum postea vindicari nequeat.

Si vero mala fide iunxit, non solum duplum aestimatione solvit, sed solutum postea tignum dominus vindicare sibi potest, vel etiam, si iunctum manet, datur actio ad vindicandam tigni aestimationem; adeo ut pretium tigni solvere debeat praeter duplum. (Voet lib. 47. tit. 3. n. 1.).

Unde non exacte Gury §. 592. generatim statuit, ex iure romano duplum deberi, nulla facta distinctione inter eum, qui bona vel mala fide iunxerit alienam materiam.

Addit Voet lib. 47. tit. 3. n. 2.: Si nulla publico aspectui deformatio ex tigni rescissione immineat, dari facile poterit, iungentem, eximendo restituendoque tignum haud deterioratum, liberare se posse a dupli obligatione; cum non omnis tigni exemptio et translatio vetita sit, sed sola, quae contra publicam sit utilitatem.

leg. 59. Dig. *de Rei vendic.*, ubi inquit: « Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit: eadem post annum dominus aedificiorum dempsit. Quaero: is, qui imposuerat, possetne ea vendicare? Respondit, posse: nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quandiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse; simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti ».

At si animum ab aedificio avertas et tigna in se consideres et ut seorsim substantiam suam habentia, non potest videri dominus ius suum amisisse et ideo ea tigna, licet iuncta, adhuc *aliena* ubique appellantur. Ergo recte dicitur, aliud esse materiam, aliud aedificium: hoc intelligi quandam aedium universalitatem, materiam, caementa, tigna, lapides esse res singulas, quae ob id non censeantur iure universi. Hinc qui aedes universas possidet, adeo non censetur singula caementa possidere, ut ea nec possit usucapere, ut habet l. 23. *in rem.* §. 7. Dig. *de Rei vendic.*, inquiens: « Si quis ex alienis caementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, caementa autem soluta dominus vindicabit, etiamsi post tempus usucapionis dissolutum sit aedificium, postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula caementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat ». Ex quo patet, non posse titulo praescriptionis iuvari, qui aliena materia aedificavit; quia non censetur possedisse.

216. Ceterum duplici ex causa statutum fuerat in XII. tabulis, ne tignum eximeretur, 1° ne necesse foret aedificia rescindi: 2° ne ruinis urbs deformaretur. Tigni autem domino satis prospectum fuerat, quando in duplum actio dabatur. Hinc l. 1. *de Tigno iuncto* Dig.: « Lex XII. tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare. Quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur: sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem ».

Quid in vineis nomine tigni veniat, habes ex §. 1. eiusdem legis, ubi ait: « In vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta, perticae, pedamenta (sostegno) ».

217. Haec ex iure Romano; quod tamen recentiori iure fere correctum est. Nam ex iure Gallico, qui ex aliena materia aedificat in solo suo, vel alienam materiam suae in aedificio iniungit, 1° non tenetur materiam restituere, sed ex iure antiquo evadit dominus aedificii: 2° tenetur tamen solvere pretium materiae: 3° debet reparare damnum, si quod inde illatum, v. gr. lucrum cessans etc. C. C. art. 554. (a).

Hanc iuris gallici dispositionem praevenerant alii codices: vid. Voet lib. 47. tit. 3. n. 2. in fin.

(a) Ex iure italico tenetur resarcire damna, si mala fide aut culpa gravi id egit. C. C. art. 449.

218. Alius casus est, quando quispiam ex materia propria aedificat in solo alieno. Qua de re in primis adverte, valere principium superius statutum, nempe aedificium semper cedere domino soli.

Quaestio ergo vertitur solum quoad materias aedificii et quoad impensas pro constructione.

Ius Romanum haec habet *Inst.* lib. 2. *de Rer. divis.* §. 30.: « Si quis in alieno solo ex sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit; quia voluntate eius intelligitur alienata, utique *si non ignorabat, se in alieno solo aedificare* et ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore, soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuerit qui aedificavit. Nam scienti solum esse alienum, potest obiici culpa, quod aedificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse ».

Alia ergo ratio est eius qui bona fide, putans solum suum esse, in solo alieno aedificavit, alia illius qui sciens prudens id egit.

219. Qui itaque in solo alieno ex materia sua aedificavit mala fide, ex romano iure, amittit proprietatem materiae adeo, ut ne diruto quidem aedificio eam vindicare possit.

Ratio allata est, quod voluntate eius illa materia intelligitur alienata iuxta l. 53. *de Div. regulis iuris antiqui* Dig. dicentem: « Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto (dati) donatio est ». Quo spectat et l. 14. Dig. *de Donationibus*: « Qui alienum fundum donationis causa excolit, nullam retentionem propter impensas faciet; quia domini res ab eo iniectas continuo efficit ».

220. Si tamen quaepiam probabilis coniectura sit, ut videri possit ille, licet sciens, non tamen animo donandi aedificasse; tunc dissoluto aedificio, materiam vindicare non prohibetur.

Id clare habetur l. 2. Cod. *de Rei vindicat.* « Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam quam vicinus (tuus) imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur... Si vero fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificium extructum sit, si non donandi animo alieno solo imposita sint ».

Primum casum offert l. 37. Dig. *de Rei vindicat.*: « Si in aliena area aedificassem; cuius bonae fidei quidem emptor fui, verum eo tempore aedificavi, quo iam sciebam alienam... Puto, huic exceptionem non prodesse: nec enim debuit, iam alienam certus, aedificium ponere: sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit ».

Non censetur autem voluisse donare; quia aedificavit sperans, se posse usucapere aream.

Alia coniectura est: non donationis causa aedificatum, si solum litigiosum exstiterit. Item si colonus vel conductor aut inquilinus quidpiam aedificavit; nam factum id censeri potest et debet, ut commodius habitet etc. Hinc l. 55. §. 1. Dig. *Locati et conducti:* « In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset: ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest » sc. potest petere et in pensionem imputare, si non sint solutae, ait Gothofredus in not. (a).

Ita quidem ius romanum. Iurisconsulti tamen communiter existimant, etiamsi *mala fide* quispiam in alieno aedificaverit, si non ex materia sua sed item aliena, aequum esse, ut si solvatur aedificium, materia ad pristinum redeat.

221. Si qui in solo alieno ex materia sua aedificavit, id egit bona fide; romanum ius duplicem hypothesim fingit.

1ª est, eum esse aedificii possessorem: in hac hypothesi ius exigit, ut si soli dominus domum habere vult ut suam, solvat pretium materiae et mercedes fabrorum: quod si non praestet et petat tamen, domum esse suam, repelli potest per exceptionem doli mali. Verba legis superius retulimus n. 218.

Dolus autem malus censetur, quod quis contra naturalem aequitatem postulet cum alieno damno et iniuria fieri locupletior. L. 14. Dig. *de Condictione indebiti* dicitur: « Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem ».

Idcirco haec doli mali exceptio solum locum habet, si res facta sit pretiosior, adeo ut soli atque adeo aedificii dominus repetens suum reipsa fieret locupletior. Id patet ex l. 38. Dig. *de Rei vindicatione:* « In fundo alieno, inquit, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti; deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis *(dives, dominus, pauper)* causisque constituet. Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam et fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, (etsi plus pretii fundo accessit, solum, quod impensum est). Finge pau-

---

(a) Ex iure gallico, inquit Gury §. 592. aedificans pretium materiae repetere potest, si dominus fundi opera servare velit; sed hic cogere potest alterum ad opera propriis expensis tollenda, nisi de eius bona fide iuridice constet. Ita quoque ex iure italico: sed dominus fundi, qui velit res servare, tenetur solvere pro suo arbitrio vel pretium materiae et operarum vel augmentum valoris, qui accessit fundo. Praeterea si mala fide aedificator egit et dominus fundi vult constructiones deleri, id fiet expensis aedificatoris absque ulla sua indemnitate et hic damnari insuper poterit ad resarcienda damna fundi domino forte illata. C. C. art. 450.

perem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat. Sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis: dum ita ne deterior sit fundus, quam si ab initio non foret aedificatum. Constituimus vero, ut si paratus est dominus (dives) tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis (quae scil. auferri possint), fiat ei potestas: neque malitiis indulgendum est, si tectorium, puta, quod induxeris picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto, tu condemnandus es ».

Ratio legis est, quia si locupletior in repetenda re dominus non fiat, dum rem ergo repetit, nihil reipsa repetit nisi quod suum est, nec studet cum iactura aliena locupletari: in quo sane nullus est dolus. Ut enim habet L. 129. ff. *De diversis regulis iuris antiqui.* « Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit ».

222. Secunda hypothesis est, aedificatorem bonae fidei, dum aedificat non esse in rei aedificatae possessione.

Hoc porro in casu sincere fatendum est, inquit Vinnius Comm. ad §. 30. n. 4., nullam actionem illi iure proditam esse, qua pretium materiae et sumptus a se factos consequatur. Nam actio induci non potest nisi ex certis iuris principiis, quae heic nulla habentur. Proinde etsi in casu adsit aliqua obligatio naturalis, quam aequitas inducit; tamen sola naturalis obligatio non parit actionem, nisi iure civili adiuvetur. Hoc igitur unicum subsidium superest, ut pro consequendis impensis, solo aequitatis obtentu, actio ultro detur per officium iudicis (quod tamen intellige, quando fundi dominus locupletior factus sit) huc revocando l. 1. Cod. *de Legib. et Constitutionib.* etc., quae ait: « Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere »: tum l. 9. ibid., quae sic habet: « Si quid vero in iisdem legibus latum fortasse obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri duritiamque legum nostrae humanitati incongruam, emendari ».

223. Denique si ex materia aliena itidem in alieno solo quis aedificavit, dominus materiae non potest eam sibi vindicare, idque eadem prorsus de causa ac super *de alieno tigno* n. 215. dictum est (a). Dominum vero materiae indemnem fieri debere evidens est.

224. Dixi eamdem fere rationem esse plantationis, sationis, ac aedificationis (b). De hoc seqq. adverte.

(a) Ex iure italico dominus nequit eam sibi vindicare, sed potest exigere indemnitatem ab eo, qui illa usus est, etiam a proprietario soli, sed solum ex pretio, quod hic adhuc debeat. C. C. art. 451.

(b) In iure italico leges de plantatione et aedificatione indiscriminatim loquuntur eademque pro iis statuunt iura.

Verba iuris *Inst. de Rer. divis.* §. 31.: « Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit: si modo utroque casu radices egerit; ante enim quam radices egerit, eius permanet, cuius fuerat ».

Ex quibus tria eruuntur, 1° plantas in alieno solo positas manere eius, cuius fuerant, usque dum radices egerint.

2° Ex quo radices egerint, illius esse incipere, cuius est solum.

3° Nihil interesse utrum quis alienam plantam in suo, aut suam in alieno solo posuerit.

Ratio autem cur solo cedant, est non solum quia in solo consistunt ac fiunt veluti pars soli, sed etiam quia ubi egerint radices ex eodem solo alimentum ac succum capiunt, sine quo vegetare non possunt.

Coaluisse autem arborem seu radicem immisisse inde proditur, si arbor adhuc vegetet post illud tempus, quo emori et exarescere poterat; certius etiam est, si quid proferat ex sese aut fructum ferat.

225. Est tamen quoddam discrimen a casu aedificationis quoad materiam.

Nam arboris transplantatae, si radices egerit, proprietas ita mutatur, ut, neque si eruatur, ad priorem dominum revertatur. Non ergo sic consultum est, sicut domino materiae, quae iuncta sit aedificio alterius; quippe quam dominus, aedificio diruto, vindicare sibi potest, quia manet eadem; arbor autem, quae in terra alterius coaluit, non censetur manere eadem, sed ob alienum novi soli alimentum alia et nova fit. Cum autem ne separata quidem eius sit, hinc fit, ut qui plantam suam in alieno posuit, etsi non possideat retentionem, hoc tamen habeat, ut positam sibi tollere liceat antequam coalescat: quod contra est in eo, qui ex sua materia in alieno aedificavit, ut superius n. 218. vidimus.

Haec ex l. 26. §. 2. Dig. *de Acquirendo rerum dominio:* « Arbor radicitus eruta et in alio (solo) posita, priusquam coaluerit, prioris domini est: ubi coaluit, agro cedit. Et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam ».

226. Adversus eum autem, qui alienam arborem in suum transtulit, consulendum priori domino saltem de pretio arboris; ne sic res alieno facto ei pereat.

Qui fuerat itaque arboris dominus, non habet actionem in rem; quia alterius facta est.

Datur itaque actio in factum. Nam 1° ut habet l. 23. §. 5. Dig. *de Rei vindicat.* « In omnibus hisce casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum (actio est, quae id factum persequitur, cui nec actio nec sententia legis congruit. Vinn. tom. 2. pag. 222.) actio necessaria est ». 2° Alii concedunt actionem *utilem* (dicitur quae defi-

ciente stricta iuris actione, ex aequitate introducitur). 3° Insuper si mala fide arbor translata est, datur etiam actio furti.

Si quis vero suam plantam in alieno solo posuerit, idem dicendum, ac si quis ex sua materia in alieno aedificat.

Itaque si possessione excidit, nullam de pretio arboris aut de impensis a se factis habet actionem. Solum ei relinquitur, ut si bona fide posuit et adhuc in possessione est, aestimationem et sumptus servet per doli mali exceptionem (sc. si alius velit ut suam habere non solutis praedictis).

Malae autem fidei possessori culpa obiici potest, quod temere posuerit in solo, quod sciebat esse alienum.

227. Addit *Inst. de rer. div.* §. 31.: « Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas eius commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in eius fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus. Ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cuius in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit ».

Ex textu legis ergo arbor dominum mutare potest, eo quod in altero fundo radices agat. Tamen cum fere impossibile sit, arborem ita in alterius solo omnes radices agere, ut tota inde alatur, forte intelligendum id est de nova arbore, quae ex ramis in alterius fundum depressis enascatur: quod v. gr. de vitibus facile est.

228. Quoad sationem haec statuuntur *Inst. de rer. divis.* §. 32. « Qua ratione autem plantae quae terrae coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Ceterum sicut is, qui in alieno solo aedificavit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali...; ita eiusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide conserit ».

Segetes ergo semper cedunt domino soli. Itaque pro variis casibus haec statue:

1° Si fundum tuum bona fide alieno semine conseveris, consulendum est domino seminis, ne pretio seminis fraudetur et res illi ex alieno facto pereat.

2° Si vero id mala fide feceris, datur adversus te actio furti.

3° Si quis bona fide suo semine alienum conserit agrum, *si in possessione est*, potest per retentionem impensas a se factas servare et opponere exceptionem doli mali, si fundi dominus vindicare sibi rem velit, non solutis expensis.

4° Si vero in possessione non est, nullam impensarum nomine actionem habet; cum bona fide habet actionem utilem.

5° Si vero mala fide id egisti, tunc ne possidens quidem servare quicquam vel per retentionem poteris: censeris donasse.

De Alluvione.

229. Legis textus ita habet *Inst. de Rer. divis.* §. 20.: « Quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adiici, quod ita paulatim adiicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adiiciatur ».

230. Ut autem alluvione acquiratur dominium, 1° necesse est, ut ager ex parte fluminis non alium finem habeat, quam hunc naturalem, scilicet ipsum flumen. Ergo agri *limitati,* qui scilicet certis limitibus ad possidendum sunt traditi et qui certa mensura comprehenduntur, ius alluvionis non habent: quod itaque extra illos fines accreverit, id publico accrescit. Non tamen efficitur limitatus ager ex eo, quod inter alveum fluminis et agrum sit via publica; sed is aeque potitur iure alluvionis.

Aliud est 2. adiectionem e flumine esse oportere. Non ergo sermo est de lacu vel stagno, in quibus nullum alluvionis ius agnoscitur. Lacus enim et stagna licet crescant et decrescant, terminos tamen suos retinent: ex natura sua igitur alluvionem non recipiunt. Secus vero flumina ex natura sua habent motum et fluxum ita, ut ripas et terminos saepe mutent: haec sola ergo alluvionem admittunt.

Hoc l. 12. Dig. de *Acquir. rer. domin.* lib. 41. tit. 1. ita decernitur: « Lacus et stagna licet interdum excrescant, interdum exarescant, suos tamen terminos retinent: ideoque in his ius alluvionis non agnoscitur » (a).

Incrementum 3. ita debet fieri paulatim lente et obscure, ut percipi non possit sensu, quantum quoque temporis momento detrahatur praedio alterius et nostro adiiciatur: Detrahi scilicet ita debent, ut si forte de his restituendis quaeratur, intelligi non possit, quorum prius fuerint aut quibus detracta sint.

Secus dicendum, si pars detracta fuerit, quae sensibus obiiciatur.

Ita *Instit.* l. c. §. 21: « Quod si vis fluminis de tuo praedio partem aliquam detraxerit et vicini praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini tui haeserit arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitae esse » (Vinn. vult legendum singulari numero = *videtur vicini fundo acquisita esse*).

Ergo si pars aliqua terrae vi aquae ad alterius fundum deferatur, manet prioris domini, quandiu tamen non coaluit ut unum quid fecerit cum terra mea; quia manet eadem species, seu idem individuum, nec partem praedii mei ita facit, ut cedere ei debeat.

(a) Ita et ius italicum C. C. art. 455.

Si autem tandiu haeserit fundo meo, ut cum eo in unum coaluerit et quod coalitionis evidens argumentum est, arbores ibi radices egerint; ex eo tempore nobis quaesita habetur (a).

231. At quaeritur: si cum mea terra coalescat pars abrepta alterius, nonne superest priori huius domino ius pretii consequendi? Nam iniquum videtur, quemquam locupletari cum damno alterius, quando sine eius culpa id contigit. Culpa autem non est, quando pars agri non ex negligentia possessoris amissa est, sed vi fluminis abrepta ita est, ut possessori obiici non possit, quod ripam suam custodire ac tueri debuerit.

Resp. Non statim pars terrae abrepta coaluit cum fundo meo atque adeo non statim mea facta est, sed post longum tempus. Proinde etsi antiquus possessor causare possit violentiam fluminis, obiici tamen ei potest, quod partem avulsam non vindicaverit, quando poterat, sed passus sit, tandiu alieno fundo eam haerere, ut coaluerit et unum factum sit: videtur itaque eam alienasse, non secus ac qui rem suam patitur ab alio usucapi. Qua de re l. 28. *de verbor. signific.*: « Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes ».

232. Ad alluvionis ius revocatur etiam insula, quae in flumine nascatur.

Ea de re iura sic habent *Instit.* l. c. §. 22.: « Insula in flumine nata... si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque praedii, quae prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius fuerat ».

233. Duplici ergo modo seu triplici insula fieri potest in flumine: vel quia flumen finditur in duos ramos, et dein rursus hi rami in unum coniuguntur et tunc agri interiacentes remanent illius, cuius erant prius: vel insula nascitur ex invectu ipsius fluminis. Videlicet cum limosa sint flumina, et cum alveus non aequalis sit ubique, sed plura sint vada, fit ut limus et glarea adhaereat vadis; et haec ita augeantur, ut tandem locus emergat ab undis. Interdum etiam flumen ita partem alvei derelinquit, ut partem, quam circumfluit, siccam relinquat. L. 30. Dig. *de domin. acquir.* §. 2.: « Tribus modis insula in flumine fit: uno, cum agrum, qui

---

(a) Ex iure italico dominus huius detractae partis, potest eam repetere intra annum. Anno elapso, non admittitur eius petitio, praeterquam in hypothesi, quod dominus fundi, cui avulsa pars est adiecta, nondum eius possessionem ceperit. C. C. art. 456.

alvei non fuit, amnis circumfluit: altero, cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit, et circumfluere coepit: tertio cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, et eum alluendo auxit ».

Statuendum est igitur, cuius sit insula, quae in alveo vel ex alveo fluminis enascatur.

234. Ex iure romano certum est, insulam hanc cedere dominis vicinorum praediorum, si hi ius habeant alluvionis, scilicet si nullum agri finem habeant praeter fluminis ripam, adeo ut agri non sint alias limitati. Acquiritur autem tam quoad proprietatem, quam quoad usum. Possunt ergo ibidem serere, plantare arbores, percipere fructus etc., non secus ac in agro suo.

235. At consultum est quoque, quibus praediis insula cedat. Itaque si enata sit insula in medio fluminis, communis erit eorum, qui ad utramque ripam possident: communis autem dicitur non pro indiviso, ut totam singuli possideant, sed dividitur pro fronte seu latitudine frontis cuiusque fundi, quae ad ripam est ». Inter eos, inquit l. 29. Dig. *De acquir. rer. domin.*, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisa: quantum enim ante cuiusque eorum ripam est, (tantum), veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in eo habebit certis regionibus ».

Si vero insula aut cis aut ultra medium amnem enascatur, si sit contra frontem unius praedii, cui propior est, tota acquiritur huius praedii domino; si vero plurium fronti sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam praedium habent, prouti insula porrigitur.

236. Advertendum praeterea: quicquid insulae meae accedat deinde incrementi per alluvionem, meum est; quia insulae meae accedit. Id retinendum est etiam, quando incrementa haec faciem insulae mutent: idcirco si insula prius non excedisset quidem frontem agri mei, quod mea facta est, sed postea alluvione paulatim ita excreverit, ut processerit contra frontem praedii superioris et inferioris, imo eadem alluvione ita creverit etiam in opposita parte, ut iam propior sit ripae adversae, semper manet regula, scilicet quod alluvione excrescit, meum est (a).

237. Denique ad ius alluvionis pertinet etiam dominium alvei forte derelicti.

(a) Ius italicum consentit iuri romano, si agatur de flumine aut torrente non navigabili vel non idoneo ad vecturam mercium, Si vero flumen aut torrens navigabilis sit seu idoneus vehendis mercibus, insulae ibidem formatae spectant ad fiscum, nisi adsit titulus aut praescriptio in contrarium. Utraque vero dispositio iuris non est applicanda iu hypothesi quod insula formata sit ex parte terrae per vim instantaneam avulsa a ripa et in flumen aut torrentem abrepta. C. C. art. 457-459.

De hac re ita in *Instit.* l. c. §. 23.: « Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere coeperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam eius praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque agri, qui prope ripam sit; novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen est, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident (a).

Ratio ex iurisconsultorum sententia, cur alveus derelictus cedat dominis praediorum adiacentium, non alia est, quam quae et pro ripa affertur. Etenim quando ager non est limitatus, ita flumen habet pro fine, ut ripa in proprietate eiusdem sit; licet usus ripae publicus esse debeat, quia sine usu ripae populus non potest commode uti ipso flumine; ita alveus fluminis quoad proprietatem censetur esse vicinorum praediorum, licet usus sit publicus. Ergo quemadmodum exsiccato flumine, ripa redit ad proprietarium etiam quoad plenum usum, quia ripa populus amplius non utitur, ita et usus alvei, quem flumen abstulerat, recedente flumine, ad proprietatem, quae penitus ablata non fuerat, revertitur; quia iam alveo populus amplius non utitur. Hoc solum interest, quod proprietatis ripae aliqua potest esse utilitas, alvei vero, quandiu eum flumen occupat, nulla.

Hoc ius occupandi alveum compensant et iustificant incommoda haud pauca et haud levia fluminum, inundationes, avulsiones agrorum, quae si vitari velint, magnis impensis opus est.

Est autem regula naturalis aequitatis, ut qui incommoda, hic rei et commoda experiatur. Ita l. 10. Dig. *de Regulis iuris:* « secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda ».

238. Durius videtur illud, quod decernitur de novi alvei antiquo domino. Nam is neque ex vetere quidquam habet alveo, qui cedit vicinis praediis; si vero hunc novum alveum deserat rursus flumen, hic non antiquo domino cedit, sed iterum vicinis praediis.

Verum id ex principiis iuris necessario consequitur. Nam illud praestituitur, agrum, qui fiat alveus fluminis, desinere esse agrum, alveum vero fieri publicum; cum non possit esse non publicus fluminis publici alveus: e contrario, privatum esse alveum derelictum et proprium adiacentium praediorum; quippe acquisitio non personis fit sed praediis. Unde sententia, quae refertur l. 30. Dig. *de Acquir. rer. domin.* §. 3.: « Flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum ». Quo spectat illud Cassiodori *Var.*

(a) Ex iure italico terrenum derelictum ab aqua fluente, quae sensim sine sensu secedit ab altera ripa super alteram se transferens, spectat ad dominum ripae detectae, quin dominus praedii in opposita ripa possit reclamare terrenum amissum. C. C. art. 454.

lect. lib. 3.: Agrimensor more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis terram (ali. *rura*) concedit. Unde fit, ut flumina alios ditent, alios faciant pauperes, iuxta illud Lucani de Pado.

> Illos terra fugit dominos, his rura colonis
> Accedunt, donante Pado ».

Verum, etsi id efficiat ratio stricta iuris gentium; ratio tamen aequi bonique suadet, ut priori domino alveus restituatur. Qua de re non omittendum quod legimus in Dig. l. 7. §. 5. *de acquir. rer. dom:* Postquam enim praemissa ea fere sunt, quae attulimus ex Institutionibus, sequitur: «Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius ager fuerat, stricta ratione quicquam in eo alveo habere potest: quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma et quia (prior dominus) vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: SED VIX EST, UT ID OBTINEAT ».

239. Alium porro casum advertere est, quem propositum reperimus in l. 30. Dig. *de Acquir. rer. domin.* §. 3.: « Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. Itaque si ager, qui inter viam publicam et flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset (sive occupatus sit paulatim, sive non paulatim), sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus; ita nunc privatus esse eius debet, cuius antea fuit ».

XVI. Rei vero mobili quidpiam accedere dicitur 1° *per meram adiunctionem,* cum quaepiam alterius res alteri rei ita coniungitur ceu principali, ut ex iis unum quid coalescat, v. gr. si alterius gemma torqui tuae fuerit inserta, si capsam tuam ligneam clavis alterius compegeris, aut vestem suam alter lineo reticulo tuo exornaverit. Si disiungi res sine detrimento non possint, nec res adiecta sit pretiosior altera, totum spectat ad dominum rei principalis, compensato tamen rei adiunctae pretio.

2° *Per specificationem,* cum ex aliena materia nova rei species per artem conficitur, v. gr. ex faginis alterius ramis facis tibi scamnum, aut ex alterius abietibus ac quercubus construis tibi navem. Ex iure romano, si in statum pristinum materia reduci non potest, res pertinet ad artificem, qui tamen pretium materiae solvere et compensare damna tenetur. Quod si valor industriae non longe superet materiae pretium, iuxta pleraque recentiora iura materiae dominus novam speciem, soluto laboris pretio, repetere sibi potest.

3° *Per commixtionem* (quae de solidis dici solet) vel *confusionem* (quae de liquidis), cum res ad diversos dominos pertinentes ita altero domino nesciente vel invito commiscentur vel confunduntur, ut quid cuiusque sit, assignari aut etiam distingui non possit, v. gr. si vinum cum vino, frumentum cum frumento, aut nummos cum nummis permisceas. Si pars permiscentis aut maior aut praestantior sit et haberi possit ceu principalis, hic dominus totius efficitur: tenetur tamen rei alienae pretium solvere, vel

etiam reparare damna: erit vero alterius, si huius pars censenda sit principalis. Si vero pares sint partes, aut res dividenda, si fieri potest, aut vendenda, ut pretium pro rata dividatur. De his tamen leges cuiusque loci propriae inspiciantur.

240. Accessio, quae est per meram *adiunctionem*, hoc habet commune cum aliis, ut e rebus quae uniuntur, altera habeatur ceu *principalis*, alia sit veluti *accidentalis:* ideo principalis ad se aliam trahat secundum effatum « *Accessorium sequitur principale* »: ita tamen, ut dominus rei principalis, teneatur pretium solvere materiae accidentalis.

241. De hac re ita in iure *Inst.* l. c. §. 26: « Si tamen alienam purpuram vestimento suo intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento et qui dominus fuit purpurae, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem et condictionem, sive ipse sit qui vestimentum fecit sive alius. Nam extinctae res (quae scilicet alterius evaserunt et sunt veluti amissae) licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et quibusque aliis possessoribus possunt ».

242. Praeter exemplum purpurae in dicta lege proposito, aliud habemus de gemma inserta auro in eodem iure l. 19. §. 13. Dig. *De auro, argento* etc.: « Perveniamus et ad gemmas inclusas argento auroque et ait Sabinus, auro argentove cedere; ei enim cedit, cuius maior est species: quod recte expressum; semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae gratia causa adhibetur, ut accessio cedat principali ».

Hoc autem exemplum e multis, que ibidem proponuntur, selegi; quia in eo ratio redditur, cur altera alteri res cedat.

Alia exempla habes l. 26. § 1. Dig. *de Acquir. rer. domin.* sic.: « In quibus propria qualitas exspectaretur (idest spectaretur), si quid additum erit, toto cedit; ut statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum, navi tabula...: tota eius sunt, cuius ante fuerant ».

243. Quanquam dominium rei adiectae transeat ad illum, cuius est principale; est tamen, quando dominus rei adiectae potest habere actionem *ad exhibendum*, scilic. ut res eximatur et exhibeatur iudici, ut scilicet vindicari queat.

Ita v. gr. l. 6. Dig. tit. *ad Exhibendum:* « Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest: sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest ».

Et l. 23. §. 2. Dig. *de rei vindic.:* « Si quis rei suae alienam rem ita adiecerit, ut pars eius fieret: veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adiecerit aut scypho ansam vel fundum vel candelabro sigillum aut mensae pedem, dominum totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum plerique recte dicunt »...

Ibid. §. 4. « In omnibus igitur istis, in quibus mea res, per praevalen-

tiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit, dare ».

Ibid. §. 5. « Item quaecumque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea *quamdiu cohaerent*, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit (saldatura). Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi (esse amissum) et quod semel alienum (factum sit), etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit: quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit ».

244. Advertendum, quod ius romanum de libris ac picturis statuit.

Ita *Inst.* l. c. §. 33: « Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur aut inseruntur: ideoque si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, huius corporis non Titius sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est ». Haec de chartis.

De picturis autem ibid. §. 34.: « Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturae cedere: aliis videtur, picturam (qualiscumque sit) tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a domino tabulae imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur; quo casu si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonae fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive ille, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio ».

245. Fuerunt qui dicerent, haec reiicienda; quod falso supponatur, scripturam ac picturam addi chartae et tabulae, ceu ornatus gratia (vid. Struggl. Tr. 6. q. 2. n. 9).

At haec responsio laborat tantisper ignoratione elenchi. Neque enim Iustinianus ratione ornatus accedere picturam tabulae dicit, sed velut aedificium solo, quia sine tabula pictura non consistit.

246. Alii responderent (quoad scripturam), chartae et soli nullam esse comparationem: sed chartam esse ex iis rebus, quae usu consumuntur: neque posse dici, scripturam aut carmen aut historiam esse aut fieri

partem chartae: absurdum autem esse, eum qui forte rationes suas aut meditationes in charta aliqua scripsit, quas plurimum intersit, cum aliis non communicari, scripturam amittere easque chartas a domino vindicari posse; praesertim cum in charta imponi id possit, in quo fortuna alicuius tota sit posita. Et concludunt, sufficere debere, si alia charta aeque bona restituatur aut solvatur eius aestimatio.

Certe iuxta legem, scriptura illi perit, qui scripsit, nisi chartam possideat: nam neque eam potest vindicare, quia vindicaret totum, quod illius non est: nec potest exigere, ut exhibeatur scriptura, quae excludatur a charta, quia excludi non potest: non habet actionem in factum magis quam ceteri, qui in alieno solo aedificarent: adeoque facto suo ipse sibi suam scripturam adimit. Tantum relinquitur illi exceptio doli, si bona fide possideat, ut per retentionem rei consequatur impensas scripturae, nec aliter tamen, quam quatenus scriptura sit utilis domino chartae, ut ea recepta fiat locupletior.

Haec porro ostendunt, non omnia quae de *solo* dicuntur, applicari ad chartam et huiusmodi alia posse: sicuti nec locum habet casus, quod dominus chartae alienam scripturam imponat chartae suae, sicut potest solo suo materiam alienam aedificando imponere.

Itaque, quidquid sit de quaestione, an absumi charta dicenda sit, quod aliquando in aestimatione hominum verum erit, aliquando non, prouti diversa erat chartae destinatio et usus: absurda, quae sequuntur, palam faciunt, non posse eandem soli et chartae generatim haberi rationem, sed ex circumstantiis tum chartae tum scripturae rem ex aequitate dimetiendam. Et reapse generatim ius illud iustinianaeum admitti non solet. Vid. Vinnius ad §. 33.

247. Quoad picturas nota, pretium picturae adduci, ut concludatur, tabulam pictori cedere, in quam rem profertur exemplum Apellis. At haec non sufficerent ad generalem doctrinam statuendam; quia fieri potest, ut pretium picturae non sit adeo magnum, vel id valeret solum de eximiis pictoribus. Ergo ad artis potius praestantiam ac nobilitatem generatim referendum id est.

248. Si tabula fit pictoris; ergo pictori competit rei vindicatio adversus dominum tabulae. Sicut autem cavendum, ne facto alieno res sua huic pereat, statuitur, pictorem non aliter et efficaciter experiri posse, nisi offerat pretium tabulae: secus repelletur per exceptionem doli mali.

Domino tabulae conceditur actio utilis ad consequendum pretium tabulae.

Quoad postremam partem fit quaestio: quid si pictor retinere velit imaginem, pretio tabulae oblato? Uter audiendus? Haud dubie pictor, qui factus est dominus tabulae.

At quid si mala fide? Iustinianus censere videtur, pictorem in casu voluisse donare operam suam, non secus ac qui aedificat sciens prudens in solo alieno. Tamen non videtur negandum, pictorem titulo dominii posse vincere oblato tabulae pretio, cum mala fides non impediat, quominus hisce modis per accessionem acquiratur rei dominium.

249. De *specificatione* sic in *Instit. de Rer. div.* §. 25. « Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit. Utrum is qui fecerit, an potius ille, qui materiae dominus fuerit; ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis, vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem, placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem ac rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem materiam aeris vel argenti vel auri reduci: vinum autem vel oleum aut frumentum ad uvas vel olivas vel spicas reverti non potest ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, velut ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam dederit, sed et partem eiusdem materiae praestiterit ».

250. Sunt qui (vid. Vinnius in h. l.) tenent, hunc modum acquirendi dominium non ad accessionem referendum esse, quia res non fit nostra ob potestatem rei nostrae, quae ob connexionem alteram trahat, sed potius referendum ad occupationem; quia acquiritur facto nostro, quo rem in aliam speciem transformavimus. Ad accessionem autem referri posse, si admittatur sententia Sabini, qui rem novam vult cedere domino materiae.

Addit vero Heineccius in not. ad l. c. Vinnii: « Omnis specificatio pertinere Romanis videbatur ad accessiones; quia forma nova accederet ad materiam, vel contra materia ad formam. Saltem quaerebatur, forma an materia sit pro principali? Proculus id affirmabat de forma, quae, ut philosophi aiunt, dat esse rei: Sabinus materiae plus deferebat, ex qua formam educi existimabat ». Ita de grano et spicis L. 7. §. 7. Dig.. *de Acq. rer. domin.* dicitur ex Caio: « Videntur tamen mihi recte quidam dixisse, non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit,

cuius et spicae fuerunt; cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est detegit ».

251. Vinnius, *Comment.* in h. l. n. 4. dicit, non recedendum ab ea distinctione (mediae sententiae de qua Iustin. §. 25. cit.) magisque naturale esse, ut in hac quaestione inspiciatur, utrum res, quae prius fuerat, exstincta sit necne; quam ut vel ex pretio rei operisve de iure dominii statuatur, aut citra necessitatem inducatur discordiosa communio: *eoque iure,* inquit Vinnius, *etiam nunc utimur,* teste Grotio.

Ad quae Heineccius in not. ibid.: « *At non ubique* utimur. Quin cum materia plerumque sit res fungibilis, in quam non cadit pretium affectionis, vix potest ratio excogitari, cur dominus materiae dominii quaestionem movere velit specificanti et non potius agere ad id, quod interest, nisi ponas materiam esse admodum raram ».

252. De his disputare et certi quid decernere opus fuit, ut in casu suum cuique ius tribui et contentionibus aliquis finis imponi posset. Negari enim non potest, ad quoddam artefactum ius esse duobus, domino scilicet materiae et artifici: uterque abnuere aut certe aegre ferre potest, suam materiam seu suum artificium alteri cedere atque adeo pronum est, ut uterque contendat, quo sibi rem appropriet. Ergo aequa norma debuit esse iudicibus ad has lites dirimendas nec minus norma necessaria est confessario, quo suam cuique obligationem aperiat ac iudicet et doceat, si quid iniusti damni inferri in his possit.

253. Itaque hoc primo est statuendum, ad specificationem requiri tantam materiae immutationem, ut civiliter habeatur pro diversa specie entis et communiter alio substantivo nomine appelletur. Non requiritur tamen mutatio substantialis in genere physico, sed nihilominus requiritur mutatio substantialis in genere civili.

Ita v. gr. compactio sacchari in panes seu pyramides, non est mutatio substantialis neque physica neque civilis, non secus ac si saccharum in minutissimum pulverem comminuatur.

Item nulla eiusmodi mutatio adest, si v. gr. lanam tingas aut madefacias. De qua re l. 26. §. 3. Dig. *de Acq. rer. dom.*: « Si meam lanam feceris purpuram (idest, purpureo infeceris colore), nihilominus meam esse Labeo ait; quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut caenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset ».

Secus si v. gr. ex farina facis panem, aut si ex saccharo et vino conficis rosolium, aut ex metallo facias horologium.

Quoad dominium, ubi perfecta habetur specificatio sic paucis complecti omnia possumus:

1° Si quis ex materia partim propria partim aliena faciat novam rei

speciem, fit dominus totius speciei seu artefacti: ita tamen, ut pro parte materiae alienae satisfacere domino eius teneatur; quia sive bona sive mala fide id agat, aequitas non patitur, ut alieno facto res cuique pereat. Vid. loc. sup. allegat. n. 248. ex *Instit.*

2° Si tota materia est aliena et artifex speciem induxit mala fide, artefactum *ex iure romano* cedit materiae domino. Ita l. 12. §. 3. Dig. *ad Exhibend.*: « Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse: utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia quod ex re nostra fit, nostrum esse intelligitur ».

3° Si artifex processit bona fide et res artefacta ad pristinum statum resolvi possit, uti v. gr. poculum aureum vel argenteum facile in pristinam massam reduci potest, tunc artefactum pertinet ad dominum materiae: qui tamen pretium formae inductae solvere tenetur, si eandem retinere velit. E contra si res in statum pristinum reduci nequit; ut ex. gr. mulsum ex vino et melle alieno, tunc artefactum pertinet ad dominum formae, cum obligatione solvendi pretium materiae alienae. Vid. l. 23. §. 4. Dig. *de rei Vindicatione*. sup. n. 243.

254. Aequius tamen ius recentius, v. gr. gallicum: dominus materiae novam speciem repetere potest, laboris pretium solvendo. Si tamen pretium industriae longe superet pretium materiae, artifex retinere potest speciem a se confectam, soluto materiae pretio. Si artifex mala fide egerit, damna domino rei illata reparare tenetur. Ex Gury. V. 1. §. 591. n. 4.

Hinc non semper admittenda lex Iustiniani, quae statuit, si mala sit fides, censeri artificem velle donare operam. Profecto praesumi id nullo modo potest de artifice, qui aut e metallo horologium, aut e ligno statuam, aut ex ebore item crucifixi imaginem fingat.

255. Quod spectat ad tertium modum, solent, et quidem recte, doctores distinguere inter *commixtionem* et *confusionem*, ut altera de liquidis, altera de solidis dicatur.

Quando duo liquida miscentur, ita permixti liquores *confunduntur*, ut non possis partem aliquam designare, quae non sit utriusque domini, quippe quae ex utroque liquore permixta est atque ex utriusque materia constat. Quando vero duo frumenta (acervi scilicet) miscentur, grana singula manent distincta ab aliis neque de singulis dici potest, hoc granum fuisse utriusque aut constare modo ex iis, quae utriusque erant. Ergo singula habent suum dominum, licet ob similitudinem et *commixtionem* non possimus nunc scire, quae grana nunc pertineant ad unum dominum, quaenam ad alium.

256. Quoad dominium in casu *confusionis*, sequentia servanda.

1° Si confusio facta sit ex consensu utriusque aut fortuito, tunc

totum resultans fit cumulative utriusque, ita tamen, ut qui plus contulit de suo, plus habeat iuris.

Id habemus ex *Inst. de Rer. div.* §. 27.: « Si duorum materiae voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si quis vina sua confuderit aut massas argenti vel auri conflaverit. Sed etsi diversae materiae sint et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem iuris est. Nam et hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint vel eiusdem generis materiae vel diversae, idem iuris esse placuit».

2° Cum porro facta confusione, non possit amplius unus, quod suum fuit, vindicare, idcirco habere potest partem dumtaxat pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam, sive quod eodem recidit, agere communi dividundo, adeo ut res dividatur et pars rei divisae dimidia aut tertia pro rata ponderis, quod contulit, restituatur.

Sed et pretii ratio habenda, si altera res fuit pretiosior. Ita l. 4. Dig. *de rei Vindic.* « In vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat ».

3° Silet vero lex, quidnam statuendum, si confusio fiat non quidem casu, neque ex duorum dominorum voluntate, sed vel a tertio, vel ab uno ex dominis, altero ignorante, v. gr. si Titius vinum Maevii cum suo aut cum vino Caii confuderit, aut alias eiusdem generis materias miscuerit. At nihil dubitandum, corpus quod ex confusione fit a tertio, commune esse eorum, cuius erant materiae. Agi tamen poterit contra miscentem pro iniuria et pro damnis. Si vero ab altero domino, totum suum evadet etc. Vid. Lugo disp. 6. n. 169.

4° Quod si diversi generis materiae fuerint, cum nova species corporis inde exsistat, ea tota miscentis erit iure specificationis, si ad sua initia reduci non possit: si potest ope artis chimicae, suum cuiusque manebit.

5° Si commode dividi res non possit, iudex poterit totum alterutri adiudicare eumque vicissim condemnabit in certam partem pecuniae alteri solvendam.

257. De admixtione plana essent omnia, nisi difficultatem aliquam iniicerent quae leguntur in *Instit. de rer. divis.* §. 28. sic: « Si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, idest singula grana, quae cuiusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate: non videtur commune esse; quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis,

si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum illud frumentum retineatur, *in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit:* arbitrio autem iudicis continetur, ut ipse aestimet, quale cuiusque frumentum fuerit ».

258. Porro ex hac lege 1° id eruitur, quod penes omnes certum est, acervum frumenti fieri communem, si voluntate utriusque domini, duo frumenta permixta sint. Ius autem utriusque dimetiendum erit pro rata collati frumenti, uti superius dictum est *de confusione*. Gury n. 591. 5. dicit, vendi debere, ut pretium dividatur. At hoc non est necesse, cum dividi possit cumulus.

2° Quando casu ista permixtio fiat, vel ab uno dominorum, altero inscio, ex lege allata id tantummodo eruitur, 1° non fieri cumulum communem: 2° si alter totum cumulum retineat, alterum habere actionem ut sibi suum reddatur: 3° ad iudicem pertinere, ut decernat, *quale frumentum* reddendum; nam si alterius frumentum vel melius esset vel deterius, profecto ratio huius circumstantiae in decernenda quantitate, quae reddatur, haberi deberet.

259. Ceterum ex eo quod Iustinianus in ea lege dicat 1° cumulum non fieri communem, 2° actionem dari *in rem,* concludunt ex sententia Iustiniani dominium non trasferri in eum, qui, altero inscio, cum suo frumento miscuit frumentum alterius.

At forte non recte. Iustinianus enim utique dicit non fieri communem cumulum, si absit duorum dominorum voluntas; quia reapse sola eorum voluntas potest dominium partis cuique propriae invicem communicare alteri. Quando autem non fit cumulus communis, (si nihil aliud accedit) ex permixtione non fit, ut singula grana non maneant illius, cuius erant. Verum cum ob permixtionem discerni non possint, Iustinianus recurrendum dicit ad iudicem, ut extrahens e cumulo quantum ex adiunctis putet ad singulos pertinere, suppleat sic defectui discretionis, quae fieri non potest. Et recte dicit *in rem* manere actionem, quia nihil additum supponit (sc. voluntatem ullius), quod conditionem rei propositam immutet. (Lug. disp. 6. n. 167).

260. Hoc tamen obstare non debet, quominus vera sint et ea, quae alii addunt. *Addunt*, inquam; quia non opponuntur. Addunt et quidem ex iure, quod miscens pecuniam alienam cum pecunia sua animo dominium totius habendi, totius sit dominus, etiam altero inscio vel invito. Hinc etiam quando mixtio, quae discerni non potest, facta sit mala fide, nummi fiunt accipientis, sive furis. Quod intelligendum, si maior pars pecuniae sit miscentis; secus si minor vel aequalis, quia tunc totus cumulus communis erit, pout fit in confusione.

Quidam negarunt de aliis rebus, quod dicitur de pecunia; quasi spe-

cialis ratio pro hac militet, ob quotidianum scilicet huius commercium, cui officeret valde dominium eius incertum. Sed communis sententia tenet, in omni mixtione rerum, quae discerni non possunt, dominium acquiri a miscente, ob generalem rationem, scilicet quod mixtio aequivaleat consumptioni, dummodo miscens habeat animum acquirendi dominium, vel saltem non habeat contrarium et pars sua sit principalis. Ita s. Alph. lib. 3. n. 498-499.

Huc revocandum hi putant, quod legimus l. 78. Dig. *de Solutionibus:* « Si alieni nummi, inscio vel invito domino, soluti sunt, manent eius cuius fuerunt. Si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri, qui accepit, in libris Cassii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret ».

Porro si ius naturae inspiciatur, nullum discrimen apparet, cur verum non sit de frumento quod dicitur de pecunia. Quia eadem ratio valet et discrimen Iustiniani a lege Cassii ex eo solum esse videtur, quod ubi agebatur de pecunia, supponitur *voluntas* faciendi rem suam; hanc autem voluntatem non supponit casus Iustiniani. Hinc communiores solutiones, quas indicabimus: licet alii aliter definiant ex diversis praemissis principiis. Vid. s. Alph. lib. 3. n. 499. Huc facit illud l. 3. §. 2. Dig. *de rei Vindic:* « Si quid, quod eiusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte vindicandum: ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est; erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus ».

261. Casus sit de furtiva pecunia data mihi gratis, quam cum mea miscui: Teneor restituere non eam, quae consumpta censetur, sed quanto factus sum locupletior. Lugo disp. 6. n. 170.

Casus de Religioso, qui pecuniam, sibi traditam in custodiam, miscet cum pecunia monasterii; quod idem de frumento dici posset. Num peccat contra paupertatem, quod videatur acquirere dominium? Non; quia deest animus acquirendi dominium. Lugo disp. 6. n. 168.

An saltem Religiosus peccet, si cumulum faciat communem, scilicet communi (sua nempe et tradentis) voluntate miscendo? Non; quia est commutatio valde materialis et accidentalis, scilicet in re perinde est sive alteruter habeat dominium partiale cumuli e. g. ex 40. sive habeat totale supra 20.: quare moraliter conventus non censetur acquirere vel amittere aliquid per eam mixtionem. Lugo ibid.

Si pecuniam furtivam accepisti in solutionem crediti et cum tua miscuisti, apparente domino ad nihil teneris. Quia sic consumpta est, non secus ac si expendisses et alioquin nullus titulus est alius, cur restituas. Lug. ibid. 171.

Item dominium acquiritur, si mala etiam fide accipias vel si ipse furatus sis et admiscueris tuae etc.: remanet tamen obligatio resarciendi totum damnum. Lug. ibid. 172.

Si e cumulo tuo, cui bona fide miscuisti 20. nummos alienos, fur auferat 40: debesne restituere domino apparenti 20. aut dividere detrimentum? Distingue: si cumulus fuit mixtus ex consensu, tunc detrimentum est commune; quia communis fit cumulus. Secus si tu miscuisti, distinguendum erit. Namque si fur tulisset 40., etiamsi mixti non fuissent 20. nummi alterius, tunc reddere debes 20. domino suo; quia ratione rei acceptae factus es ditior et eos non haberes modo, si non accepisses. Nec debet dominus esse particeps detrimenti, quia non participat dominium cumuli. Verum si fur accepit 40., quia acervus excreverat, tunc poteris ex 20. detrahere quantitatem ex proportione, qua minus fuisset furtum, si fur minorem quantitatem invenisset; quia secundum illam partem non es factus locupletior. Vid Lug. disp. 6. n. 173.

Si misces animo non faciendi cumulum communem nec acquirendi totum, sed solum custodiendi; si alius furetur, non est cur ex tuis potius quam ex alienis furatus quis dicatur. Damnum ergo erit commune. Ibid. n. 174.

Si expendis ex cumulo animo tuos sumendi, manerent alieni in cumulo.

Si alienos velles sumere, non animo furandi, sed ex interpretativa voluntate domini mutuum sumendo, maneret tuum et si periret, periret tibi soli, non socio (a).

(a) In iure italico ius accessionis in rebus mobilibus his legibus regitur. Statuitur primo, quod ius accessionis, cum versatur in rebus mobilibus, quae ad diversos dominos pertinent, regitur principiis aequitatis naturalis. Tum quaedam dispositiones traduntur, quae instar normae esse debeant iudici in decidendis casibus, qui secundum particulares circumstantias non fuerunt praevisi. Et primo quoad *adiunctionem.*

Quando duae res, spectantes ad diversos dominos, coniunctae fuerint quidem ita, ut unum totum efficiatur, adhuc tamen separari possint absque earum notabili detrimento, quilibet ex ipsis retinet dominium rei suae et ius habet obtinendae separationis. Si vero res separari nequeant absque alterutrius notabili detrimento, totum spectat ad dominum rei, quae est pars principalis, cum obligatione solvendi alteri pretium rei unitae.

Censetur autem pars principalis ea, cui altera non fuit unita, nisi pro usu, ornatu aut complemento.

Quod si res unita sit multo pretiosior principali atque adhibita fuerit absque consensu domini, huic optio datur aut appropriandi sibi totum, soluto pretio rei principalis domino eius; aut postulandi separationem rei unitae, etsi detrimentum alterius secuturum esset.

Si ex duabus rebus unitis ad efficiendum unum totum, altera nequit censeri accessoria alterius, habenda est principalis illa, cuius pretium est maius, vel, si pretium utriusque fere sit par, cuius volumen est maius.

Quoad specificationem. Si artifex aut quivis alius adhibuerit materiam non suam, ad efformandam rem novae speciei, sive possit, sive non possit haec materia ad suam

De Praescriptione.

XVII. Praescriptio, ut inquit Lugo, seu usucapio est exceptio peremptoria, ex tempore et aliis conditionibus lege definitis vim habens. Seu, ut alii dicunt, est ratio acquirendi dominium, aut ius aliquod positivum, aut liberationem ab aliqua obligatione, per certum temporis lapsum aliasque conditiones a lege praefinitas. Hoc medium transferendi dominium utroque iure tum civili tum canonico approbatur ac proinde vim habet non solum pro foro externo, verum, si debitae adsint conditiones, etiam pro foro conscientiae ac facile rationi consentaneum ac necessarium apparet, tum ut inextricabilibus litibus aditus praecludatur, tum ne de propriis iuribus passim haerere incerti debeamus.

262. Sunt qui velint differre *praescriptionem* ab *usucapione*, quod altera de incorporalibus, altera de corporalibus dicatur. Ita Schmalz. L. 2. tit. 26. n. 1. « Ex hoc discrimine, quod usucapio proprie tantum res corporales, praescriptio autem res quoque incorporales afficiat, nascitur discrimen alterum, quod usucapio sine possessione, ut etymon vocis ipsummet indicat, non procedat: ita autem procedat non raro praescriptio, si nempe tendat ad res incorporales, quarum non datur *vera possessio*, sed tantum *quasi-possessio* ».

---

priorem formam redire, dominus eius ius habet ad proprietatem rei formatae, compensatione exhibita artifici aut alteri pro artificio.

Si quis adhibuerit materiam ex parte suam, ex parte alterius, ad efformandam rem novae speciei, quin neutra materia sit prorsus transformata, sed ita tamen ut neutra possit ab altera separari sine detrimento, res remanet communis duobus dominis, alteri propter materiam, quae sua erat, alteri propter materiam suam et pretium operae.

Si vero opera sit adeo pretiosa, ut longe excedat valorem materiae adhibitae, opera spectanda est ut res principalis et artifex ius habet retinendi opus elaboratum, dummodo solvat domino materiae pretium eius.

Quoad mixtionem. Cum res effecta est ex mixtione differentium rerum ad diversos dominos spectantium, si absque damno res separari possunt, ille, qui in mixtionem non consensit, ius habet obtinendae separationis.

Si materiae nequeunt separari aut separatio fieri nequit absque detrimento, proprietas rei effectae evadit communis iuxta proportionem pretii materiarum cuilibet spectantium.

Si tamen materia alterutrius proprietarii censeri posset tanquam principalis aut alteram quoad pretium valde excederet nec ambae materiae separari possent aut non sine detrimento, proprietarius materiae praevalentis ius habet ad proprietatem rei ex mixtione effectae, dummodo alteri solvat pretium suae materiae.

Quando res manet communis dominis materiarum, unde res effecta est, quilibet eorum postulare potest ut res sub hasta veneat, communi commodo communique expensa.

Generalia. Quotiescumque dominus materiae adhibitae absque suo consensu, repetere potest proprietatem rei, integrum ipsi est aut exigere tantundem materiae eiusdem qualitatis aut pretium eiusdem.

Illi, qui alienas materias, absque assensu domini, adhibuerunt, damnari possunt etiam ad compensationem damnorum, praeter exercitium actionis poenalis, quando ea locum habeat. E.

Potius dicendum foret, praescriptionem latius patere quam usucapionem. Vid. Voet. lib. 44. tit. III. n. 1. et 5. 6. Praescriptio, inquit Voet, quandoque tam late accipitur, ut omni exceptioni applicari possit atque adeo proponatur praescriptio v. gr. *rei iudicatae* vel *fori* etc. In specie tamen praescriptio dicitur *exceptio*, quae actori obiicitur, ut ab agendo excludatur, eo quod non egerit tempore legibus definito. Et sic etiam duplici modo accipitur: nam vel statuit certum tempus, sic ut pereat post huius temporis lapsum facultas agendi, vel etiam praefinit certum tempus, intra quod aliquid fieri non liceat, v. gr. ne intra quatuor a lata sententia menses iudicati fiat exsecutio ».

Audi iterum Schmalzgr. l. c. n. 2.: « Si magis propria et primario istorum nominum significatio attendatur, usucapio a praescriptione distinguitur, sicut causa ab effectu. Quia usucapio est ipsa dominii per continuationem possessionis legitimam acquisitio: praescriptio vero est exceptio, quae priori domino, rem suam reposcenti, opponitur et ideo opponenti competit; quia ex pristina possessione dominium illius acquisivit ».

263. Praescriptionem definit Lugo disp. 7. n. 3. per *exceptionem*. Est autem hoc sensu exceptio « *Actionis summo iure competentis exclusio* »; quia scilicet excluditur per praescriptionem actio ad repetendam rem, quae iam praescripta fuerit. Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 1.: « Est adiectio seu acquisitio dominii vel quasi-dominii aut etiam alieni iuris, sive realis sive personalis, peremptio per continuationem possessionis, tempore et modo a legibus vel ss. canonibus definito ».

Ad quam definitionem addenda est animadversio ipsius Schmalzgr. ibid. n. 2: « Bene notandus est modus loquendi diversus, cum aliquid praescriptione acquiritur et cum per eam ius alterius exstinguitur; nam cum ius alterius exstinctum esse significare volumus, solemus loqui *in dativo*, sc. *praescriptum est obligationi, iuri, actioni* etc.: si autem de acquisitione sermo sit, utimur *nominativo* vel *accusativo*, v. gr. *praescripta est servitus*, vel *praescripsi rem, iurisdictionem* etc.

Huc spectat quod sic effert Gury §. 580., quod praescriptio altera sit *acquisitiva*, per quam ius aliquod aut res aliqua acquiritur, alia *liberativa*, quae ab aliqua servitute seu onere liberat.

Usucapio autem ex vi sui nominis est *acquisitio dominii per usum* seu *adiectio dominii per continuationem possessionis tempore lege definito*.

« Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti ». Ita Modestinus lib. 6. Pandectarum, quae definitio inserta est Digesto lib. 41. tit. 3. l. 3. *de Usurp. et usucap.*

264. Hoc medium acquirendi dominium dicimus probatum tum iure civili e quo prodiit, tum canonico quod sancivit (vid. tit. 26. *de Praescriptionibus*. Lib. II. et tit. 13. lib. 2. in sexto.) et ob allatas rationes diximus

etiam rectae rationi consentaneum atque proinde eiusmodi legem, utpote ad bonum commune idoneam ac necessariam, esse iustam; licet inde videri queat damnum quibusdam privatis obvenire. At vero maius est incommodum, quod, hac lege sublata, pateretur respublica. Iniquum autem est, minus privati alicuius incommodum anteferri graviori incommodo reipublicae.

Ratio vero, cur respublica id possit, est, quia ob dominium altum, quod ipsi in subditorum bona ex omnium confessione competit, quando id bonum commune exigit, potest dominium illorum auferre pristinis dominis illudque in alios transferre. Idcirco (quae communis est tum Thh. tum Iurisc. sententia) praescriptio prodest etiam in foro conscientiae.

265. De huius legis iustitia disputari posse visum est praesertim secundum quod locum habet ex principiis iuris civilis: quae sane principia non semper consonant cum rectis conscientiae normis.

Qua de re advertas, quosdam in hanc rem protulisse Iustiniani Novellam IX., in qua sancitur pro bonis Ecclesiarum praescriptio centum annorum et additur: « Habeat itaque Sanctitas tua (alloquitur Ioannem II. (ut videtur) Romanum Pontificem) hanc legem catholicis totius occidentis Ecclesiis profuturam.. : ut sit Deo omnipotenti dignum donarium, divinarum rerum tuitio nec *iniquis hominibus impium remaneat praesidium et tutus peccandi locus etiam scientibus relinquatur:* sed ille servetur innocens, qui revera innoxius sit nec improba temporis allegatione sese tueatur, tempus pro puritate praetendens ».

Quam difficultatem ut excludat, Voet lib. 41. tit. 3. *de Usucap.* n. 1. duo promit, scilicet 1° totam illam Novellam merito suspectam haberi propter prima verba eius: 2° non generatim id dici de usucapionibus in se, sed solum ratione brevioris temporis, quo impleri poterant.

At primum illud de suspecta Novellae fide non aliunde est, quam ex errore hominis haeretici, cuiusmodi erat Voet. Prima verba Novellae haec sunt: « Ut legum originem anterior Roma sortita est, ita et summi Pontificatus apicem apud eam esse nemo est qui dubitet. Unde et nos necessarium duximus, *patriam legum,* fontem Sacerdotii, speciali nostri numinis lege illustrare ».

Quoad secundum, brevius et melius Gothofredus, in not. ad h. l. « *Usucapio rerum ecclesiae impium iniquis hominibus praesidium* ».

266. Ceterum minus aequa videri potuit usucapio, quando ex veteri Romano iure, usucapio implebatur in mobilibus, unius anni spatio et biennio in immobilibus.

Quam consuetudinem a se dicit ablatam Iustinianus Inst. lib. 2. tit. 6.: « Iure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione

aliave quavis iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet; ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora: nobis melior sententia resedit, ne domini maturius rebus suis defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (idest inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usu capiantur. Et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum iusta causa possessionis praecedente acquirantur ».

267. Quod insuper minus iustitiae congruere merito videri potest, hoc est quod aliquot leges civiles decernebant, sufficere bonam fidem ab initio, non obstare vero usucapioni, si dein accederet notitia rei alienae. Ita in *l. unic.* Cod. *de Usucap. transformanda*: « In omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan rei alienae scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est ». Vid. et l. 44. §. 2. Dig. *de Usucapionibus* et L. 4. §. 18. ibid., ubi haec habentur: « Si antequam pariat (ancilla), alienam esse rescierit emptor, diximus non posse eum usucapere; quod si nescierit, posse; quod si cum usucaperet, cognoverit alienam esse, initium usucapionis intueri debemus, sicut in emptis rebus placuit ». Vid. et l. 48. §. 1. Dig. *de acquir. rer. domin.*

Verum imperfectio haec emendata est per ius canonicum, ut videbimus infra, ubi de bona fide. Ius tamen gallicum eam restituit C. C. art. 2269. cui et ius italicum consentit C. C. art. 702.

268. Ceterum si observetur quod lex naturae et Canones postulant, usucapio apparebit licitus modus acquirendi dominium, non solum in foro humano, sed etiam in foro conscientiae. Ad bonum enim commune huiusmodi lex nedum utilis apparet, sed necessaria; cum, hac sublata, locum necessario habeat dominiorum incertitudo, litium multitudo ac perpetuitas et exinde rei publicae confusio ac perturbatio.

Id clare enunciatur leg. 5. Dig. de *Usurpat. et Usucap.* hisce verbis: « Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent: cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium ». Huc refer rationem, ne possessores continuo timore amittendi agitarentur, ut habet l. 7. C. *de Praescript.* 30 *aut* 40 *annor.*: « Nostrae provisionis esse perspeximus, ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur ».

Et l. 5. Dig. *Pro suo*: « Usucapio rerum etiam ex aliis causis con-

cessa, interim propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset ».

Et l. 2. (in princip.) Dig. *de Aqua et aquae pluviae arcendae:* « Vetustas..... semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa ».

Necessitas atque utilitas legis inde etiam patet, quod incertitudo dominii faceret, ut res quaeque, aedificia etc. negligentius haberentur ac servarentur, agri vero minus diligenter colerentur.

269. Ut vero id fieret cum minima privatorum iniuria ac damno, idonea constituta sunt tempora, quae abunde dominis sufficerent ad res suas inquirendas easque sibi asserendas et possessionem alterius interpellandam: quod notatum vides in lege sup. mox relat. ex l. 5. *de Usurp.*

Id vero si negligant facere et patiantur res suas usucapi ab aliis, suamet voluntate alienare videntur, ut inquit l. 28. Dig. *de verb. Signis.* « Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi ».

Et sane qui per tantum temporis intervallum, v. gr. 10. aut 20. annorum, etiam 30. annorum nullam suarum rerum curam egit, is sane videtur pro derelictis habuisse, praesertim cum res immobiles eorumque situs latere vix possint.

Neque dicas, domino defuisse occasionem vindicandi. Nam nonne saltem interpellare denuntiatione possessionem potuit?

Quod si dicas, pro derelicta rem haberi non posse sine animo ac consilio et voluntate domini, hoc autem consilium domino nunc non fuit: resp. Leges iustissime praesumere huiusmodi consilium ex negligentia domini, qui intra tantum spatium temporis res suas non vindicavit. Praesertim vero, quod si iusta causa ipsi fuerit, cur non potuerit vindicare, v. gr. absentia reipublicae causa, aetas pupillaris aut minorennis etc., leges ipsae haud negant restitutionem in integrum neque rescindere usucapionem dubitant.

270. Imo rectae rationi vel maxime consentaneum videtur, ut eiusmodi poena ii coerceantur, qui desidia circa res suas bono publico nocent: poena, inquam, convenientior nulla videri potest, quam si dominus eo ipso privetur, quod non magis curavit, quam si pro derelicto habuisset.

Huc facit quod legimus l. 3. §. 1. Dig. *Quae in fraudem creditorum* etc. « Gesta (subintellig. fuisse) fraudationis causa accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit (ne solveret debita); verum etiam si forte data opera ad iudicium non adfuit vel litem mori patiatur, vel a debitore non petit, ut tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem amittit... Et qui aliquid facit, ut desinat habere, quod habet ».

271. Neque dicas demum, aequum non esse, ut alter ditior cum alterius detrimento evadat.

Nam id verum est, si qui damnum patitur, nullam damno causam dedit aut culpa aut dolo suo. At « *quid quis sua culpa sentit, non intelligitur damnum sentire* » ut habet L. 203. Dig. *de divers. regul. iuris*, et consentit 86. reg. iuris in 6.: « Damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare ».

272. Neque etiam obest, quod damnum patitur etiam aliquis, qui non ex negligentia, sed ex ignorantia rei suae eam amittit, propterea quod usucapio procedit etiam contra eum, qui ignorat, rem suam ab alio possideri; hoc enim innuitur l. ultim. 12. C. *de Praescript. long. temp.*: « Sit igitur secundum hanc definitionem causa perfectissime composita et nemo posthac dubitet, neque inter praesentes neque inter absentes, quid statuendum sit: ut *bono initio* possessionem tenentis et utriusque partis domicilio requisito, sit expedita quaestio pro rebus ubicumque positis, *nulla scientia vel ignorantia exspectanda* (sc. spectanda) ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio ». Resp. « Etsi praescriptio introducta sit ad vitandam dominorum segnitiem, non tamen haec est unica et praecipua causa; sed ne lites multiplicentur, ne dominia maneant incerta etc. Ergo licet nulla intervenerit domini negligentia, modo stent reliquae rationes, beneficium praescriptionis non cessat. Insuper licet negligentia pristini domini foret unica et principalis causa; quia tamen lex praescriptionis universalis est et in finem universalem tendit, adhuc manet, licet in aliquo casu particulari cesset, eiusdem ratio ». Schm. lib. 2. tit. 26. n. 12. Neque lex in hoc procedit ex praesumptione negligentiae nec hoc perpendit; sic enim ansa daretur innumeris occultis compensationibus, conscientiae infinitis scrupulis illaquearentur etc. Neque est lex poenalis, quae requireret sententiam; sed praescriptio eo ipso transfert dominium in alterum. Hinc neque qui praescripsit, tenetur rem reddere, si postea cognoscat esse alterius, nec alter potest repetere; imo reddere hic teneretur, si prior ex errore eam restituendam putasset. Schm. ibid. n. 14. Etenim privatum damnum aliquod, quod ex accidenti sequitur, satis compensatur communi utilitate. Praesertim vero, quod lex non his potius quam illis faveat, sed omnibus indiscriminatim fierique possit, ut praesidium utilitatemque ex usucapione percipiat et ille, qui aliunde patitur ex eadem lege damnum (a).

(a) Iuvat forte heic monere cum cl. Delama tr. *de Justit. et Iur.* n. 6. in fine. « Adnotandum est quoad ea iura, quae a sola lege civili constituuntur, quod, si is, cui leges favent, ad illas non provocet, pars altera, cui eaedem nocent, non tenetur earundem rationem habere et eo minus compartem, forte legis ignaram, de suo errore admonere; quia, uti aiunt: *leges allegantem tantum iuvant* et *vigilantibus iura scripta sunt*. l. *Pupillos* Dig. *Quae in fraudem creditorum*. Ita v. gr. bonae fidei possessor usucapere rem potest eiusdemque acquirere proprietatem: at si qui rem usucapit, sui iuris ignarus, rem restituat priori domino eam petenti, hic iuste eam accipit atque retinet ». Cf. et C. Gallicum art. 2223. et Italicum art. 2109. E.

273. Conditiones ad usucapiendum legitime alii quatuor, alii quinque aut etiam sex enumerant. Primi unam habent conditionem « impletum *legitimum* tempus *possessionis* »: secundi distinguunt, conditionem *possessionis* a conditione *temporis legitimi implendi:* tertii addunt conditionem *personae, quae capax* sit praescribendi: imo sunt qui et septimam conditionem addunt, videlicet absentiam erroris iuris, quam tamen alii includunt in conditione iusti tituli, aut bonae fidei.

Quis possit praescribere.

274. Explicandum quid tertii intelligant in conditione *personae* ad *praescribendum capacis.*

Aiunt itaque servandam hanc regulam (Voet. lib. 41. tit. 3. n. 2.): Ille usucapere non potest, qui non potest possidere et contra, usucapere omnis potest, quisquis potest dominium acquirere. Quod intelligendum etiam de persona morali, scil. communitatibus, civitatibus, republica etc.

Ergo usucapere possunt etiam filiusfamilias (sibi vel patri, si v. gr. donetur ei quidpiam) et etiam pupillus, etiam sine actione tutoris, si sit infante maior et animum usucapiendi habeat, imo et furiosus quoad ea, quae ante furorem coeperat possidere. Etiam infans: sed hic auctoritate tutoris indiget; quia animum usucapiendi per se habere non potest, scil. animum retinendi rem uti suam.

Ita l. 4. Dig. *de Usucap.* §. 1.: « Usucapere potest, scilicet paterfamilias, filiusfamilias et maxime miles in castris acquisitum usucapiet. §. 2. Pupillus, si tutore auctore coeperit possidere, usucapit: si non tutore auctore possideat et animum possidendi habeat, dicemus posse eum usucapere. §. 3. Furiosus, quod ante furorem possidere coepit, usucapit. Sed haec persona ita demum usucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua usucapio sequitur ».

Praescribere non possunt 1° *furiosi et amentes;* quia cum usu rationis careant, animum acquirendi habere non possunt: hi tamen, curatore auctore, si quem habent, possunt praescribere, sicut et infans per tutorem.

2° *Servi;* quia nec possidere suo nomine possunt: sine possessione autem non currit praescriptio. Excipe casum, quo servus possit habere aliquid sui.

3° Clerici iuxta dicta sup. non possunt praescribere bona suorum beneficiorum: can. *Clerici* 4. caus. 16. q. 3.

4° Precario rem possidens, usufructuarius, creditor quoad rem sibi pignori datam et omnes alii, qui non suo, sed alieno nomine possident, non praescribunt rem eiusmodi.

5° Denique quisquis non est capax dominii acquirendi etc., ut dictum est in regula generali. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 18.

Contra quos praescribi non possit.

275. Et sunt personae, contra quas nequit praescribi.

Generalis regula est, non posse praescribi contra eos omnes, qui non possunt stare in iudicio vel agere vel iura sua tueri vel administrare bona sua. Ratio, quia contra hos in attentante praescriptionem vel non adest bona fides, vel non adest sufficiens titulus, vel obsunt aliae causae impedientes.

In specie non potest praescribi 1° contra pupillum, ratione minoris aetatis; de qua re infra.

2° Contra filiumfamilias, dum adhuc est sub patria potestate, ratione subiectionis.

3° Contra captivum, ratione captivitatis.

4° Contra prodigum, quia bonorum suorum administrationem respublica ei ademit.

5° Universim contra omnes illas personas, quibus iurium suorum alienatio interdicta est; nam praescriptio est quaedam alienationis species: igitur non est rationi consonum, ut qui alienare non potest, contra eum praescribi possit, ne quod una via prohibetur, altera admittatur.

Triplex tamen casus ab hac doctrina excipitur. Ac 1° si praesumptio malae fidei purgetur per bonam fidem accipientis; tunc enim etiam contra praedictos praescribi potest sin minus tempore ordinario, saltem extraordinario 30. vel 40. ann.

2° Si possessor eiusmodi rem habeat ab aliquo tertio, qui bona fide eandem concessit possessori praesenti; tunc enim hic praescribere illam posset tempore ordinario.

3° Si praescriptio inchoata fuerit antequam res praescribenda foret affecta eiusmodi prohibitione. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 21.

Res apta praescribi.

XVIII. Ad legitimam praescriptionem quinque communiter conditiones requiruntur, quae hisce versiculis continentur:

Non usu capies, nisi sint tibi talia quinque:
Sit res apta, fides bona sit, titulus quoque iustus,
Possideas iuste completo tempore legis.

Requiritur itaque 1° ut res sit apta praescribi et cum titulus praescriptionis vim habeat solum ex lege humana, proinde generatim incapaces sunt praescriptionis res omnes, quas ipsa lex praescribi vetat. Attendendum ergo est quid quisque codex a beneficio praescriptionis excludat. Ex iure communi enumeranda veniunt praesertim, 1° quae principi, ut principi, debentur a subditis: 2° res furtivae aut vi possessae:

3° res ex hereditate communes adversus coheredes: 4° publica res in usum vel commodum publicum deputata, etiamsi populus ea uti desinat.

276. Non est apta praescribi generatim res, quae generatim laborare vitio dicitur. Vitium itaque nullum habeat res oportet; talis est autem scilicet tum ex natura sui, tum ex lege. Vitium inesse rei dicimus, 1° cum ideo non potest praescribi; quia omnem *privati acquisitionem* abnuit et *commercio humano quolibet* est exempta. 2° Quaedam autem sunt, quae acquiri utique et esse in privatorum bonis possunt ac proinde ex natura sua usucapi possent: lex tamen ad commune bonum *id prohibet.*

277. Ex natura sua usucapi non possunt (quae 4° loco indicavimus, uti) viae, pontes, plateae etc.; licet populus non amplius iis utatur, Lugo. disp. 7. n. 145.

Id et simul alia, quae ex natura sua vitium habere in se censentur in ordine ad usucapionem, memorat l. 9. Dig. *de Usur. et Usuc.*: « Usucapionem maxime recipiunt res corporales, exceptis rebus *sacris, sanctis, publicis* populi Romani et civitatum, item liberis hominibus ». Praescribi ergo nequeunt res quae rite et sollemniter Deo sunt consecratae, uti sunt calices, vestes et ornamenta sacra, altaria, coemeteria, monasteria etc. Ratio est; quia praescriptio nulla est sine possessione: loca autem sacra non possumus possidere. Secus si profana evadant.

Adde his *beneficia ecclesiastica,* nisi quis habeat titulum coloratum. Ratio, quia sola canonica institutione et auctoritate superiorum obtinentur. Si tamen titulum coloratum habeat et per triennium pacifice possederit, possessio haec ei proderit, si non ad proprietatem beneficii, quod multi contendunt, saltem ad exceptionem: si tamen bona fides adsit, sine qua nec tutus in foro conscientiae foret nec in externo tolerandus. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 29.

Insuper praescribi a laicis non possunt *iura ecclesiastica et spiritualia,* v. gr. ius eligendi aut conferendi beneficia ecclesiastica, ius cognoscendi et iudicandi causas ecclesiasticas et clericorum; quia a laicis possideri nequeunt: cap. *Causam.* 7. *de Praescript.* Hinc etsi mille anni transierint, laici eiusmodi iura non praescribent. Dixi *iura;* nam bona ecclesiastica, quod sacra non sunt, praescribi a laicis possunt, licet indigeant longiori tempore. Schm. l. c.

278. Ex lege positiva quaedam nequeunt praescribi. l. 24. Dig. *de Usurp. et Usuc.* « Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest ». Non sunt praescriptioni obnoxiae vi legis 1. *Res, quae principi, ceu principi, a subditis debentur,* seu res fisci (a), quibus, iuxta quosdam,

---

(a) In iure italico bona patrimonialia Status (distinguenda a demanialibus, quae sunt inalienabilia C. C. art. 426. 430) obnoxia sunt praescriptioni, art. 2114.

addenda et bona patrimonialia principis (cf. Vinnium in §. 4. huius tituli): quod quidem intelligendum de subditis; nam alius posset praescribere.

Nihilominus et quoad bona patrimonialia, quae ad principem, uti hominem privatum pertinent, Schmalzgr. cum aliis docet, posse praescribi tempore ordinario. Vid. lib. 1. tit. 26. n. 35. Vid. infr. n. 409.

Praeterea bona principis, qua talis, praescribi non posse, intellige tempore *ordinario;* nam 100. possessio annorum praescriberet bona coronae et 40. praescriberet bona fisci. Schm. l. c. Sed de his infr., ubi de tempore legitimo ad praescribendum.

2° *Hereditas communis,* qua de re Schmalzg. lib. 2. tit. 26. n. 28. « Hereditatem vel rem communem, antequam inter heredes vel socios divisa fuerit, unus eorum praescribere nequit contra reliquos heredes vel socios, etiamsi longissimo tempore eam possederit, quin eis reddere debeat portiones suas. Ratio est, quia non suo tantum nomine, sed omnium coheredum vel sociorum nomine censetur rem communem possidere. Ita et Lugo disp. 7. n. 143., qui allegat eandem legem, quam et Schmalzg. leg. *Si communem* Dig. *Quemadmodum servitus amittatur;* quae lex ad rem facit, quatenus per rem pupilli servatur et pars socii, qui non erat pupillus sed tutor; quia pupillus nomine etiam socii possidebat.

3° Quidam addunt *res dotales, pupillorum, minorennium, adventitia filiorum* et reapse hae res, qua tales, non patiuntur, ut aut praescriptio inchoetur aut incepta continuetur: quemadmodum superius notatum est n. 274. (a).

4° Quoad *maioratum* seu *fideicommissum,* licet vetitum sit alienari; tamen praescribi potest, sin minus longissimo 30. aut 40. annorum tempore, saltem praescriptione, quae hominum memoriam excedat. Vid. Schmalzgr. l. c. n. 40. 41.

5° Praescribi nequeunt *limites parochiarum aut episcopatuum,* ac quae huiusmodi limitibus cohaerent, dummodo sufficienter constet, limites illos fuisse praefixos. Ratio, ne termini parochiarum et provinciarum confundantur. Dixi limites *parochiarum* etc.; nam limites praediorum seu

---

(a) Ex iure italico praescriptio non currit contra minores non emancipatos et interdictos ob mentis infirmitatem nec adversus militares, qui actu serviunt tempore belli, etiamsi non absint a regno.

Contra fundum dotalem proprium uxoris et fundum specialiter hypothecatum pro dote et pro executione conventionum matrimonialium, quandiu matrimonium durat. C. C. art. 2120.

Item praescriptio non currit inter coniuges: inter personas, quorum altera patriam potestatem habet, altera est ei subiecta: inter minorem aut interdictum et eius tutorem, quandiu durat tutela: inter minorem emancipatum, maiorem inhabilem factum et curatorem: inter heredem, et hereditatem acceptatam sub beneficio inventarii: inter eos, qui vi legis subiecti sunt administrationi alterius et eos, quibus administratio est commissa. C. C. art. 2119.

agrorum ecclesiasticorum praescribi possunt, ut aliae res ecclesiasticae immobiles. Schm. l. c. n. 30.

6° Item *res vitiata ex leg. Iulia repetundarum* l. 8. Dig. *de leg. Iulia* etc. « Quod contra legem repetundarum proconsuli vel praetori donatum est, non potest usucapi ». (leg. 1. eod tit. « lex iulia repetundarum pertinet ad eas pecunias, quas quis in magistratu, potestate, curatione, legatione vel quovis alio officio, munere ministeriove publico cepit »).

279. Speciatim 7° vitium hoc inest rebus *furtivis* et addendum neque res *vi possessas* posse usucapi. Ita *Inst.* l. 2. tit. 6. *de Usucap.* §. 2. « Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore (decennii vel vicennii) bona fide possessae fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex 12. tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessarum lex Iulia et Plautia ».

280. Dicendum primum de furtivis. Itaque advertatur in primis agi non solum de fure, sed et de aliis, ad quos res furtivae pervenerint, licet has bona fide acceperint et possideant. Ita in *Inst.* §. 3. « Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut nec ipse fur quive per vim possidet, usucapere possint (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident), sed ne ullus alius, quamvis ab iis bona fide emerit, vel alia causa (v. gr. *donationis*) acceperit, usucapiendi ius habeat ».

Et sane frustra lata fuisset lex Atinia aut Plautia, si nihil aliud caverent, nisi ut fur usucapere non posset; quippe nec ante istas leges fur certo iure potuerit praescribere ob malam fidem, quae semper usucapioni obstitit. Hoc ergo prospicere leges voluerunt, ne ob maleficium alienum res alienaretur.

Res ergo, ut dici solet, transit cum suo vitio, quo ab initio affecta est. Hinc illud l. 7. *Cod. de Usucap. pro emptore:* « Rei vitium, priusquam ad dominum eius possessio revertatur, non permittit usucapionem fieri, licet bona fide possideatur ». Et l. 11. Cod. *de Acquirend. et ret. Possess.* « Vitia possessionum a maioribus contracta perdurant et successorem auctoris sui culpa comitatur ».

281. Ceterum diligenter adnotandum est, quo sese extendat ratio rei furtivae quoad praesentem quaestionem. Iustinianus enim rem furtivam heic intelligit non solum eam, quam quis auferat clam invito domino, sed rem furtivam dicit quamcumque, quam quis distrahat sciens esse alienam. Quocirca addit, usucapionem in rebus mobilibus non facile procedere: quod verissimum esse patet, quando bona fides requiritur non modo in eo, qui usucapere debet rem acquisitam bona fide, sed etiam in eo, qui vendit aut alia ex causa tradit, *aliqua bona fides esse debet.*

Ita lex *Instit.* lib. 2. *de Usucap.* tit. 6. §. 3.: « Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens rem alienam vendiderit vel ex alia causa tradiderit, furtum eius committit ».

Hinc l. 1. Cod. *de Usucap. pro empt.*: « Mancipia tua si ab eis distracta sunt, qui ius vendendi non habuerunt, vindicare ea potes. Nec enim usucapi ab emptoribus potuerunt, cum illicita venditione furtum committatur ».

Et l. 2. Cod. *de Usucap. pro donato*, « Donantem ancillam alienam nihil domino deminuere non est ambigui iuris: furtum etiam contrahere citra voluntatem domini contrectantem, ut eius rei nec usucapio possit procedere » (a).

282. Dixi *aliquam* bonam fidem requiri in eo, qui vendit, idque duplici de causa.

Primo enim non quaelibet mala fides, sed sola scientia rei alienae rem furtivam constituit. Hinc l. 4. §. 27. Dig. *de Doli mali exceptione*, « De auctoris dolo exceptio emptori non obiicitur »: fac v. gr. dolo malo dederis causam contractui; vitium heic non est *reale*, sed personale et ideo usucapioni non nocet.

Deinde advertendum quod superius monuimus, ex civili lege bonam fidem requiri ab initio et haec si adsit, ex iure civili non interrumpi usucapionem ex *rei alienae scientia*, quae superveniat. Cum tamen aliena maneat, usque dum impletur usucapionis tempus, furtivane erit res, si ante hoc impletum tempus vendatur? Resp. negative; etenim commensuranda videtur actio vendendi rem, cum actione eam retinendi tanquam suam: et reipsa mera rei retentio furtum non constituit, ut habet l. 67. Dig. *de furtis*. « Inficiando depositum, nemo furtum facit, nec enim furtum est ipsa inficiatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem eius adipiscatur intervertendi causa, furtum facit ». Atqui ex iure civili retinere eam potest, licet agnoverit alienam ut usucapiat; ergo et vendere. Cf. Lug. Disp. 7. n. 141. Dicendum ergo ex iure civili furtivam rem haberi solum quando qui sciens eam alienam vendidit, *scivit id ab initio, cum acquisivit*, nec bona fide unquam possedit aut accepit.

Si ergo ratio rei furtivae desumenda esset ex *iure civili*, heic et nunc res non esset censenda furtiva et usucapi posset, licet non sufficiens bona

---

(a) Non eodem prorsus pacto quoad res furtivas statuit Codex Gallicus. Nam art. 2280 cit.: « Si actualis possessor rei furto ablatae aut amissae, eam emerit in nundinis vel mercatu aut occasione publicae licitationis aut a mercatore, qui eiusmodi merces divendat, proprietarius originarius (dominus) non potest eam sibi revendicare, nisi possessori solvat pretium, quo eam acquisivit ». Consentit ius italicum C. C. art. 709. Infra quaestio habebitur an haec pro foro conscientiae valeant.

fides in altero exstiterit: attamen cum iure canonico interdicatur haec usucapio, peccaret qui vendit. Sed qui bona fide emit, posset praescribere nec res furtiva censeretur. Sanctio tamen iuris canonici rem declarat furtivam, utpote quam vendit ille, qui scit esse alienam. Ergo valere id potuit iure civili, non vero in foro conscientiae.

283. Quod autem attinet ad res vi possessas, quod de immobilibus intelligendum esse lex ipsa suadet (a), advertendum, rem vitiosam non ex eo reddi, quod dominus vi deiectus fuerit a possessione, sed ex eo, quo quispiam rem vi occupaverit. Ergo si alius deiiciat vi dominum, alius autem rem vacuam occupet, vitium rei non inest.

Rem totam proponit l. 4. §§. 22. et 23. Dig. de *Usurp. et Usucap.* sic.: « Si tu me vi expuleris de fundi possessione nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit: potest longo tempore capi res; quamvis enim interdictum *Unde vi* locum habeat, quia verum est, vi me deiectum: non tamen verum est et vi possessum ».

Alter casus est ibid. §. 23. sed est casus particularis. « Ceterum *etiamsi mala fide* fundum me possidentem deieceris et vendideris, non poterit capi, quoniam verum est vi possessum esse, licet non a domino » (scil. licet non deieceris dominum, sed alium, ut vi obtineres).

Haec et in §. 2. *Instit.* tit. 6. lib. 2. ita habebantur: « Quod autem ad eas res, quae solo continentur (idest immobilia) expedit (legendum: expeditius) ius ita procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, *sine vi* nanciscatur; quamvis ipse mala fide possideat, quia intelligit, se alienum fundum occupasse, tamen si alii, bona fide accipienti, tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri; quia neque furtivum neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri ».

Quae plane ex l. 38. Dig. *de Usurp. et Usuc.* deducta sunt, ubi habes: « Quam rem (sc. alienam sed sine vi possessam) ipse quidem non potest usucapere; quia intelligit alienum se possidere et ob id mala fide possidet: sed si alii, bona fide accipienti, tradiderit etc. ut in textu Institutionum mox relato.

284. Quanquam vero res furtivae aut vi possessae hoc vitio laborent ac secum ita pertrahant, ut usucapi a nemine possint, *utut in plurium potestatem etiam bona fide devenerint;* tamen duplici modo fieri potest, ut vitium usucapioni non obsit.

Primus modus est, quando vitium purgatur: purgari autem vitium dicitur, quando res in domini non ignorantis hoc, potestatem revertatur.

(a) « Abolita est, ait Iustinianus *Inst.* l. 2. tit. 6. *de Usucapionibus.* §. 2., quorumdam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri ».

Sic in Instit. l. c. §. 8.: « Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest: veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato, procedit eius usucapio ».

285. Et quidem quoad res furtivas, necesse est ut redeant in manum ipsius domini, non autem alterius. Ita l. 4. §. 6. Dig. *de Usurp. et Usuc.*: « Quod autem dixit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui subreptum est. Igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet ». Ratio est, quia furtum reipsa laedit solum dominum.

Quoad rem vi possessam tunc purgari vitium censetur, si redeat in potestatem seu possessionem illius, qui vi deiectus a possessione fuit, ut clare eruitur ex l. 6. §. 3. Dig. *de Precario.*

Denique res vitiata ex l. Iulia de repetundis, purgatur, si revertatur in potestatem eius a quo profecta est, aut ad eius heredes. Ita l. 8. §. 1. Dig. *de leg. Iulia repetundarum:* « Eadem lex venditiones, locationes eius rei causa pluris minorisve factas, irritas facit impeditque usucapionem, priusquam in potestatem eius, a quo profecta res sit, heredesve eius veniat ».

Intelligitur res vendita pluris aut minoris, quam par fuerit, ob munera collata magistratibus, qui huic fraudi favorem praestiterint. Vid. Voet in Pandectas lib. 48. tit. 11.

286. Alter modus, quo res vitiata tandem usucapi potest, iis legibus continetur, quae statuunt, longissimo XXX. annorum spatio omnes actiones excludi atque extingui.

Ita l. 3. Cod. *de Praescript. XXX. vel XL. annorum.* « Sicut in rem speciales ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur: sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur; nihilominus erit agendi triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam iure in eius persona valente, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore sed ab alio (per longum tempus) possidente nititur vindicare. Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo iure competere ceperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam (licet per annotationem) promeruisse responsum vel etiam in iudiciis allegasse: nisi allegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita, fuerit subsequuta (per exsecutorem) conventio: non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat (quamvis sub tutoris defensione consistat) huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, quo ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt.

Hae autem actiones annis triginta continuis exstinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitabantur. Post hanc vero temporis definitionem, nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit ».

Accedit et constitutio Anastasii Imper. ibid. l. *Omnes* 4., qua sancitur, praescribi annis quadraginta omnem actionem, quae prava quorumdam interpretatione annis triginta non fuerit exstincta.

« Per hanc in perpetuum valituram legem, inquit, sancimus, ut si quis contractus, si qua sit actio, quae cum non esset expressim supradictis temporalibus praescriptionibus concepta, quorundam tamen vel fortuita vel excogitata interpretatione saepe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur, huic saluberrimae sanctioni nostrae succumbat et quadraginta annorum curriculis proculdubio sopiatur nullumque *ius privatum vel publicum* in quacumque causa vel quacumque persona, quod praedictorum quadraginta annorum exstinctum est iugi silentio, moveatur: sed quicumque super quolibet iure, quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla reipsa illata iudiciaria contentione possedit superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla iudiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber et praesentis saluberrimae legis plenissima munitione securus ».

287. Denique quod spectat ad res aptas praescribi, advertendum, quaedam esse, quae utique possunt praescribi, sed quae nihilominus habent proprium quemdam praescriptionis modum.

Rem iuvat proponere, prouti in iure exhibetur l. *Rerum mixtura* Dig. *de Usurp. et Usucap.*: « Tria genera sunt corporum: *Unum*, quod continetur uno spiritu et graece ἡνώμενον idest *unitum* vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia. *Alterum*, quod ex contingentibus hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνήμμενον idest, *connexum* vocatur, ut aedificium, navis, armarium. *Tertium*, quod ex distantibus constat, ut plura non soluta sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. (a) Primum genus in usucapione quaestionem non habet (sed praescribitur more consueto): secundum et tertium habet ».

Quod autem ad *connexa pertinet*, lex est, ut possessio totius non prosit ad rerum singularum usucapionem. Legem ex iure alias attulimus n. 215. cui haec addi potest lex *Tum qui* Dig. *de Usurp. et Usuc.* §. 3. « Si autem

(a) « Corpora alii alio modo dividunt, ut alia sint ἡνωμένα, alia διεστῶτα. Illorum (ἡνωμένων) alia sunt *proprie* ἡνωμένα, alia συνημμένα. Horum (συνημμένων) quaedam distinctis capitibus, quaedam indistinctis. Alii habent ἡνωμένα et διῃρημένα *continua* et *disiuncta* — continuata, disiuncta ». Gothofred. in h. leg.

demolita domus est, ex integro res mobiles possidendae sunt, ut tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est, usucapiantur et non potest recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt; nam quemadmodum eas solas et separatas ab aedificio non possedisti, sic nec penes te singulae aut separatae fuerunt... neque enim recipi potest ut eadem res et ut res soli (quale est aedificium) et tanquam res mobilis sit possessa ». Quocirca si trabs eximatur ab aedificio, haec non erit usucapta; licet per 10. aut 20 annos domum iam usuceperis. Attamen si tignum separatum possessum prius fuisset, licet non per tempus eiusmodi, quo usucapio impleatur ac dein aedificio inseratur, compleri sic posset usucapionis tempus. Sic l. 30. §. 1. Dig. *de Usucap.*: « Si is, cui ad tegulorum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset ».

Quae vero distinctis constant corporibus uni nomini subiectis aliam habent legem: videlicet nulla v. gr. gregis universi fit usucapio, sed singulorum animalium, sicut possessio, ita et usucapio fit. Ita lex. cit. *Rerum mixtura* §. 2.: « De tertio genere corporum videndum est: non autem grex universus sic capiatur usu, quomodo singulae res nec sic, quemodo cohaerentes; quid ergo est? Etsi ea natura eius est, ut adiectionibus corporum maneat; non item tamen universi gregis ulla est usucapio nec si quid emptum immixtum fuerit gregi, augendi eius gratia, idcirco possessionis causa mutabitur: ut si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis: sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, sed non usucapiantur ».

De bona fide.

XIX. Bona est fides, inquit Lugo disp. 6. n. 17., quando existimatio mentis correspondet animo, ut sicut habens animum possidendi ut tuum, sic iudices illud esse tuum. Mala vero fides e contra est, quando discordat iudicium mentis ab animo; iudicas enim non esse tuum, vel non iudicas esse tuum, quod vis possidere ut tuum.

Porro bona fides, ad praescribendum requisita, non speculativa intelligi debet, sed practica, qua nempe iudices, te licite (quoad iustitiam) possidere rem posse. Atque hinc ratio patet, cur dicatur, dubium tollere bonam fidem ad inchoandam possessionem, non vero ad continuandam. Nam cum in dubio melior sit conditio possidentis, nec spoliari hic possit possessione, nisi probetur, rem non esse illius; propterea in dubio nec alium spoliare possessione sua, ut tu incipias rem possidere, nec iterum ipse ab alio spoliari possessione tua licite potes.

Quod si ex errore putes possessionem licitam, hic bonae fidei non obest, si oriatur ex invincibili ignorantia facti, sed utique, quoad forum externum, si proveniat ex ignorantia iuris. Dixi quoad forum externum; nam quoad forum conscientiae, si ignorantia iuris fuerit invincibilis, probabile est ex Doctorum sententia praescribi posse: imo etiam quoad forum externum, si agatur de iure non manifesto sed ambiguo, aut etiam si sermo sit de iis hominibus, in quibus ignorantia iuris toleratur.

Cum mala fides obstet praescriptioni, proinde leges civiles, praesertim liberativae, ita accipiendae sunt, ut ubi bona fides desit, negetur quidem audientia in foro externo, non tamen in foro conscientiae dominium transferatur.

Licet autem mala fides praescriptionem rei impediat, non obstat tamen, quominus successor in possessione possit praescribere; excipitur successor seu heres universalis et quidem iuxta aliquos tantum immediatus.

288. Bona fides est illaesa conscientia putantis, suam esse rem, quam ut suam possidet, ideo quia credit, eum a quo nactus est possessionem, fuisse dominum illius rei et alienandi eam iure non destitutum.

Ita l. 109. Dig. *de Verbor. Signif.*: « Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse aut putavit, eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse ».

Item §. 35. *Inst. de rer. divis.* lib. 2. tit. 1.: « Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide emerit vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura etc. ».

Et l. 27. Dig. *de Contrahenda emptione etc.*: « Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit. At qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit aut falso tutore auctore (idest auctoritate ficti tutoris), quem scit, tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut Sabinus scripsit ».

289. Bona fides ad praescribendum est necessaria. Id cavetur lege naturae; nam velle possidere tanquam suum id, quod suum esse non posse constet, iuri naturae aperte repugnat.

Cavetur iure canonico, ut patet ex reg. 2. Iuris in Sexto: «Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit».

Et cap. *Quoniam* 20. *de Praescriptionibus:* « Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis. Cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque peccato mortali servari non potest. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae ».

Et ius civile l. 43. §. 1. *de Usucap.*: « Patrem usu non capturum, quod filius emit, propter suam vel filii scientiam (quod scilicet est aliena), certum est ».

290. Ius tamen civile, ut alias diximus, bonam fidem in initio tantummodo possessionis, non vero in decursu exigebat: usucapionem itaque negabat inchoari cum mala fide, continuari non negabat (a).

(a) Ita et ex C. C. italico sufficit bonam fidem exstitisse tempore acquisitionis, art. 702. Qui est art. 2269. C. Gallici.

Hinc l. 43. Dig. *de Usucap.*: « Heres eius, qui bona fide emit, usu non capiet, sciens alienam, si *modo* ipsi possessio tradita sit: continuatio vero non impedietur heredis scientia ».

291. Ceterum bona fides non speculativa requiritur sed practica (Lugo disp. 7. n. 17.), qua scilicet iudicem, me iuste possidere uti meum, quod ut meum volo possidere ac possideo. Quod ex textu Innocentii III. mox relato n. 289. ac inserto iuri canonico patet; quia obest solum *conscientia rei alienae*, quae reddi debeat. Proinde non obest dubium speculativum.

292. Quaestio est, an bona fides consistere possit cum dubio.

Communis autem et vera doctrina (vid. Lugo disp. 7. n. 17.) decernit, dubium tollere bonam fidem ad inchoandam possessionem, non vero ad continuandam, postquam sine ullo dubio coepta est, dummodo possessor, dubio exorto, debitam diligentiam ponat ad investigandum, an res aliena sit.

Nam qui postquam bona fide rem acquisivit, postea concipit dubium, hic sane non habet conscientiam rei alienae. Ceterum ex noto effato, *meliorem esse conditionem possidentis*, cognoscit, non debere expoliare semet possessione, quam bona fide coepit. Ergo licite potest possidere, atque adeo continuare usucapionem.

293. Cur autem idem dubium noceat in initio, res per se patet. Nam *in dubio favendum est reo potius quam actori et actore non probante, reus absolvitur*. Porro quando quis vult primo rem aliquam possidere, hic gerit partes actoris et vult spoliare possessorem re sua. Ergo debet positive *probare*, rem non esse illius. Quod si non probat, sed solum dubitat, ille alius, qui possidet et partes agit rei, debet absolvi et relinqui in sua possessione.

E contrario quando quis possidet, nemo vicissim potest ceu actor spoliare eum re sua, nisi probet, suam esse. Quando ergo possides et dubium exsurgit, quod positive nihil probat, non debes spoliari, sed absolvi, ut progrediaris in tua possessione, quae, adhuc perseverante dubio, sufficit, ut compleatur praescriptio. Lugo l. c. n. 18.

294. Quando autem dubium oriatur, in ipso possessionis capiendae actu, an res sit aliena, atque ab alio possideatur, Lugo disp. 7. n. 20. censet, 1° non privandum quempiam iure, quod habeat rem occupandi aut efficiendi ne alius, dum ipse dubium vult examinare, praeveniens occupet: 2° cavendum simul, ne res aliena occupetur: 3° utrique prospici incommodo posse, si res utique apprehendatur, at non absolute occupandi animo atque alienum usurpandi, sed sub conditione habendi, nisi sit aliena et interim custodiendi, ut domino, si quis sit, reddatur. 4° Haec tamen nihil ad usucapionem attinent; nam hinc quidem est possessio solum conditionata, quae nihil ad praescriptionem confert, nisi

conditio impleatur: si vero conditio impleatur, res mea fit; quia conditionata voluntas transit in absolutam, neque tunc indigeo praescriptione.

295. Quod bonae fidei, quae ad praescribendum requiritur, non obsit aliquis error, patet ex rei, de qua agimus, natura. Nam agitur de re facienda sua per praescriptionem, quam rem putet bona fide quis suam et ut suam possideat, cum tamen non sit sua. Porro quomodo fieri potest, ut quis rem non suam possideat tanquam suam, nisi error intercesserit? Ergo nedum fieri possit, ut bona fides coniungatur cum errore: hic imo est casus, quem nunquam non praesumimus, quando agimus de dominio transferendo per usucapionem.

296. Error versari potest vel circa factum aliquod, vel circa ius. Ignorat ius, qui v. gr. nescit impositam esse gabellam caseis: ignorat factum ille auriga, qui legem utique non ignorat, sed nescit, in capsa, quam deferendam suscepit, contineri caseos.

Rursus error iuris in eo erit, qui ignoret, aut alienationem aut locationem fundi ecclesiastici ultra triennium esse ex lege illicitam et irritam: error erit facti, si qui fundum emit aut conducit, ignorat esse fundum v. gr. beneficialem.

297. Ex lege itaque civili generatim statuitur, in usucapione non suffragari ignorantiam iuris, sed utique facti.

Cum limitatione sunt haec intelligenda. Nam si error iuris sit in vendente, nihil ad rem facit. Quaestio est, quando error est in acquirente, utrum huic suus ipse error, qui effecit ut bona fide possideret, illud etiam efficiat, ut praescribere possit. Casus sit, quem proponit Iustinianus in Inst. tit *de Usucap*. §. 5.: « Si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum suum esse credens, vendiderit aut si donaverit, furtum non committit ».

Porro si vendidit ei, qui nesciebat partum esse ancillae, cuius solum usumfructum venditor habebat, ignorantia est facti et potest illum usucapere. Error autem iuris est solum in vendente, non in emente: contra si hic quoque sciret, esse eiusmodi partum etc.

Hoc posito, ita l. 4. Dig. *de Iuris et facti ignorantia:* « Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat ».

Quod clare dicitur et in l. 31. *Nunquam* Dig. *de Usucap*. «Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest» et ideo Proculus ait: Si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit (Glossa: si quis emit sine auctoritate tutoris a pupillo...), vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse; quia iuris error est ».

Et clarius l. 2. Dig. *Pro Emptor*. §. 15.: « Si a pupillo emero sine

tutoris auctoritate, quem puberem esse putem; dicimus usucapionem sequi (est error facti)... Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu; quia iuris error nulli prodest ».

298. Dixi tamen, inspiciendum de quo iure res sit; si enim ius non manifestum sit, attendenda sunt quae de ignorantia et scientia iuris leges ipsae cavent. (De ignorantia tum facti tum iuris videndus Donellus *de Iure civili* l. 1. cap. 18. 20.).

Leges porro disserte tradunt, quaenam scientia sit, quae requirenda est et cuius defectus noceat. L. 2. §. ultim. Dig. *Quis ordo in Possessionibus servetur:* « Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in iuris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorem patremfamilias consulere dignum sit ».

Et clarius l. 9. §. 3. Dig. *de Iuris et facti ignorantia:* « Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui sit facile scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est ».

299. Sed et aliquam aliam exceptionem leges patiuntur quoad certas personas, in quibus ignorantia toleratur.

Ad rei claritatem sumamus l. 8. Dig. eod. tit., quae sic habet: « Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: iuris autem error nec in feminis in compendiis prodest: ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet ».

Duplex genus quaestionis heic habetur: scilicet de damnis et de compendiis: *de damnis*, quando quis ob ignorantiam periclitatur vel amittere quod habet vel non recuperare quod de suo amisit: *de compendiis* vero, quando agitur de acquirendo eo, quod nondum habes in tuis. Lex itaque definit 1° ignorantiam facti prodesse omnibus etiam maribus ad utrumque effectum, scilicet tum ad acquirendum, tum ad damnum cavendum: 2° ignorantiam iuris ne feminis quidem ad acquirendum prodesse: 3° errorem iuris tamen prodesse ad vitandum damnum rei amittendae.

300. Veruntamen non ita generalis fuit haec norma, ut et in *compendiis*, quando scil. de acquirendo agitur, nullus locus concessus sit iis, qui ignorantia iuris laborabant atque adeo erraverint.

Sic de milite in l. 9. §. 1. Dig. tit. eod.: « Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales *ius ignorare potest* et ideo ei dies aditionis non cedit ».

Idipsum statuitur et de minorennibus. Sic l. 11. C. eod. tit.: « Quamvis *in lucro* nec feminis ius ignorantibus subveniri soleat: attamen contra

aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant ».

Quod rursus apparet ex l. 2. C. *de In integr. restitut. minorum:* « Eo tempore, quo soror tua auxilio aetatis iuvabatur, si patris intestati bonorum possessionem accipere debuit, licet quinque filios superstites habuerit, non tamen ideo minus ad edicti praerogativam pertinet, scilicet si nunc per aetatem beneficium restitutionis largitur ».

Porro ex allatis legibus duo aperta sunt, 1° militibus et minorennibus non magis nocere ignorantiam iuris, quam noceat facti ignorantia, sc. neutram iis nocere: 2° id locum habere in lucro seu in compendiis generatim disserte affirmari. Ergo cum nullum lucrum excipiatur, planum est, neque cum agitur de usucapione, ignorantiam iuris nocere. Et hi sint, quorum ignorantiam tolerari hac quoque in re etiam in foro externo diximus.

301. Non est tamen, cur id extendamus ad alios, v. gr. generatim ad mulieres. Immo, nisi sint minorennes, disserte videntur in eodem Codice excludi l. 13. *de Iuris et facti ignorantia:* « Ne passim liceat mulieribus omnes suos contractus retractare, in his quae praetermiserint vel ignoraverint, statuimus, si per ignorantiam iuris damnum aliquod circa ius vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus praeteritarum legum auctoritas eis suffragatur, subveniri ».

Idcirco neque ad rusticos id protenditur ex legibus, quae eos mulieribus hac in re comparant sic l. 2. §. 7. Dig. *de Iure fisci:* « Extat eorundem Principum rescriptum, ex quo videtur posse defendi, ita demum non nocere cuipiam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare *propter rusticitatem vel propter sexum femininum* ius suum possit ».

302. Haec quoad forum quoque externum. Quaerendum nunc de foro conscientiae; qua de re dixi ex doctorum sententia probabile esse, ignorantiam iuris non obstare usucapioni, si sit invincibilis. Qui teneant hanc sententiam exponit Lugo disp. 7. n. 32., qui et eandem defendit.

Ratio autem praecipua huius sententiae, quam Lugo propugnat, ea est, quod bona fides adsit; iura autem tum civile tum canonicum ideo praescriptionem in foro externo non admittant, quia fidem hanc bonam abesse praesumunt. Ita v. gr. si quis emat a pupillo, praesumitur id non facere bona fide, sed scire irritum esse contractum. Ita si agatur de emendo calice aut pixide ab homine privato etc. Si ergo id adest, cuius praesumpta absentia sola in causa est, cur ex iure praescribi non possit: nihil esse debet, quod in foro conscientiae usucapionem impediat; licet iura illud non adesse malint praesumere.

Quod vero leges reipsa ob praesumptam malam fidem usucapiendi facultatem negent iis, qui ex iuris ignorantia rem ut suam possident,

manifestum fit ex ipsis legibus. Nam l. 7. C. *de Agricolis et censitis* habet: « Malae fidei namque possessorem esse nullus ambigit, qui aliquid contra legum interdicta mercatur ».

Id ipsum et in 82 *reg. iuris in* 6. habetur: « Qui contra iura mercatur, bonam fidem praesumitur non habere ».

303. Quod confirmari et ex alia notissima iuris regula potest, videlicet *reg.* 13. *iuris* in 6.: « Ignorantia facti, non iuris excusat ».

Quae quidem regula falsissima esset, si intelligeretur non solum de foro externo, sed etiam de foro conscientiae, in quo foro certum est excusare a culpa invincibilem ignorantiam etiam iuris. Hinc falsissime Bouvier *de Iure et iniuria* cap. 2. §. 3. punct. 1. prop. 1. pag. 39. tom. 6. dicit, *communiter* docere Theologos, ignorantiam iuris clari, quantacumque sit, bonam fidem ad praescribendum in conscientia nunquam procreare; haec enim ignorantia (ait) *semper reputatur vincibilis*, cum mediis ordinariis vinci queat. Et allegat Collet, Habert et Antoine, contra *plures alios*. At 1° quomodo erit *communis*, si pauci contra plures? 2° Quid est ius *clarum?* clarissima potest esse lex, v. gr. de hypothecis: ideo ne omnes eam sciunt aut ignorant culpabiliter? 3° Quid est *reputatur?* scil. praesumitur: atqui debuisset dicere: *est*, non vero *reputatur;* nam agimus de foro interno. Cur vero non excusat iuris ignorantia in foro externo? Quia nempe praesumitur, istam ignorantiam non carere culpa. Ergo manifestum est, praesumptionem culpae in iuris ignorantia quoad externum forum nihil obstare, quominus in foro conscientiae aliud iudicium ferendum sit, quando nempe absit reipsa illa culpa, quae praesumitur.

304. Et quidem illam legum dispositionem ad solum externum forum esse restringendam , alio etiam evincitur argumento.

Nam quod culpa praesumatur etiam in iuris civilis effato, manifeste elucet ex iis, quae superius retulimus de scientia, quae communiter exigitur et de diligentia, cuius omissio non videtur vacare culpa. Vid. supr. n. 298.

At haec ipsa regula iuris, ex qua deducitur, ignorantiam iuris obesse usucapioni, suadet, de foro externo accipienda ea esse. Inquit enim: « Iuris ignorantia in usucapione negatur prodesse; facti vero ignorantia prodesse constat ». Porro certum est, nec ignorantiam facti ad usucapionem prodesse in foro conscientiae, si culpabilis sit, etiamsi in foro externo admittatur, ut inculpabilis. Id ipsum igitur dicendum est de iuris ignorantia, ut scilicet eodem modo obsit usucapioni, quo prodest ignorantia facti; sicut nempe lex non efficit, ut prosit secunda, si in foro conscientiae non sit inculpabilis, sic non debet obstare prima, si in foro conscientiae inculpabilis sit.

305. Quaestionem aliam fieri licet: an possit praescribi, si ignorantia non prorsus inculpabilis, sed leviter culpabilis sit, orta nempe ex levi negligentiae culpa.

Et id quaerit Scavini *de Iust.* disp. 3. dissert. 1. q. 4. resp. 2. pag. 271. nota 5. de ignorantia facti; at eadem quaestio fieri potest etiam de ignorantia iuris.

Ait autem, sibi probabilius videri, posse eum praescribere. Ratio, quia in Concilio Lateranensi IV. (vid. textum sup. n. 289.) non damnatur nisi sola mala fides, quae sit *cum peccato mortali*. Sed hoc argumentum, quod Scavini desumpsisse se dicit ex Alasia, non videtur valde efficax. Nam Pontifex solum dicit, *derogandum esse omni consuetudini, quae non possit servari sine peccato mortali.* Atqui idem dixisset de consuetudine, quae non possit servari sine peccato veniali; quia et haec foret illicita.

Nec validior videtur alia ratio, quam addit, quod « si ignorantia leviter mala impediret praescriptionem, res esset infinitis scrupulis obnoxia; quia posset quilibet illius suspicione agitari quotidie ». Quorsum enim haec? Nam qui praescribit, ignorat se rem alienam habere. Ubi igitur et quando ista occasio agitationis et scrupuli? Unica occasio foret, quando oboritur prudens suspicio, ne res, quam acquirimus, sit furtiva etc. At haec non quotidie eveniunt, nec est negotium, quod multis scrupulis obnoxium sit.

Potius hac in re dispiciendum videtur, an haec negligentia, cuius quis conscius sit sibi, excludat bonam fidem. Nam si huius negligentiae scrupulo possessor non teneatur nec inde oriatur dubium, quod bonam fidem impediat, nihil dubitandum de praescriptione erit. Secus, si ex conscientia negligentiae bona fides non adsit.

306. Ex dictis autem desumenda est responsio ad argumentum, quo Molina tom. I. disp. 64. n. 4. oppositam sententiam illi, quam nos nn. 303-304 defendimus, tuetur. Praescriptio, inquit, iure humano civili introducta est contra id, quod et rei natura alioquin habebat. Ergo nec in foro externo nec in foro conscientiae aut vires habet maiores, aut locum sub aliis conditionibus habet ad transferendum dominium, praeterquam quod ei conceditur eodem iure civili, vel canonico quoad ea, quae ad iura Ecclesiae spectant. Atqui utrumque ius statuit, iuris ignorantiam ad praescriptionem non sufficere, sed solum ignorantiam facti. Ergo.

At enim dum constat, eam legem fundari in praesumptione ignorantiae culpabilis, qua fiat ut mala sit fides, tota vis illius argumenti eliditur. Praesumptio enim importat, ut eo absente, quod praesumitur, cesset ratio eorum, quae ex illa praesumptione decernuntur. Sicuti autem sua non deest ratio, cur iura hanc normam statuerint; nam legum ignorantia gravia infert reipublicae incommoda atque adeo sic ea merito punitur, ut in foro externo nihil valeat titulus praescriptionis; ita non absunt ra-

tiones illae, quae generatim non aequam modo, sed et necessariam suadent praescribendi consuetudinem.

Reliquas obiectiones, quas proponit Molina l. c., resolutas videre licet apud Lugo disp. 7. nn. 32-36.

307. Meminimus constitutionum seu legum (vid. supr. 286.), quae definiunt, actiones omnes sive in rem sive in personam triginta annorum intervallo aut ad summum quadraginta annis exstingui.

Iura recentiora pluribus actionibus brevius omnino spatium reliquerunt. Videndus quoad codicem gallicum Gury tom. I. §. 584. in fin.

V. gr. in hoc Cod. *spatio unius anni* actio perit pharmacopolae, medico, chirurgo quoad mercedem debitam aut expensas et actio mercatori ad exigendum pretium mercium a non mercatoribus: perit actio iis, qui exigere velint pensionem pro alimentis aut pro instructione alumnorum etc.: *spatio sex mensium* perit actio opificum aut operariorum ad salaria aut pretium rei praestitae. C. C. art. 2272. 2271. §. 2. et 3.

Porro eiusmodi decreta non eo tendunt, ut ope praescriptionis transferant dominium, sed ob praesumptam solutionem solum statuunt, debitorem non posse amplius conveniri in iudicio (cf. Molina disp. 67. et Lugo disp. 7. n. 55.) et reipsa, ut notat Gury n. 588. q. 6. qui praescriptionem opponunt, tenentur iurare, se debitum solvisse (a).

Ex eo autem quod ob praesumptam solutionem denegetur actio in iudicio, ne lites multiplicentur et forte bis solvere debitores cogantur, non sequitur, ut exstingui obligatio conscientiae censeatur.

308. Quod postremo loco adnotavi, refertur ad successorem: utrum mala antecessoris fides semper obstet, quominus successor praescribere possit.

Ut quaestio apte solvatur, distinguendus est successor *universalis* a *particulari*. Successor universalis dicitur heres; *particularis* vero dicitur quisquis ex quovis alio titulo, sive gratuito sive oneroso, sive ex testamento sive inter vivos, succedit in rei possessione.

Et siquidem agatur de herede, certum est ex iure communi, malam antecessoris fidem obstare, ne ipse possit, utut in bona fide sit, usucapere. Id clare edicitur l. 11. Dig. *de Diversis temporalibus praescriptionibus*, quae sic habet: « Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum illum, illo (al. illum, ille) vel precario possedit; quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat nec interdicto recte conveniatur: tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem iuris est, cum de longa

(a) Ita ius quoque italicum art. 2142. quoad actiones, quae prescribuntur spatio sex mensium, anni et triennii. Vide notam infra ad n. 383.

possessione quaeritur; neque enim recte defendetur, cum exordium ei bonae fidei ratio non tueatur ».

Et Inst. *de Usucapionib.* §. 12. *Diutina:* « Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum esse (hoc est emendandum); quod si ille initium iustum non habuit, heredi et bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest ».

Ratio, quae communiter affertur, est, quod una eademque possessio reputatur defuncti et heredis et cum possessio habuerit initium vitiosum, tota possessio, iuris fictione, reputatur vitiosa.

Vel, ut melius ait Lugo disp. 7. n. 60. et eruitur ex prima lege quam heic attulimus, ratio est, quia successor universalis, nempe heres ita repraesentat personam defuncti, ut succedat in omnes eiusdem obligationes et onera et iura. Ergo cum praecessor ob malam fidem et iniustam rei acceptionem et retentionem contraxerit obligationem restituendi et impediendi praescriptionem illius rei et resarciendi omnia damna, heres in ipsa obligatione succedit et ideo non potest cooperari praescriptioni, quam ipsemet tenetur impedire, pro qua debet restituere. Uno verbo cum heres in omnibus repraesentet defunctum, sicut hic cum sua mala fide non potuisset unquam praescribere, ita nec heres, qui eiusdem personam censetur retinere.

Sunt tamen, qui censent, id coarctandum ad solum heredem immediatum. De qua re vid. Lugo disp. 7. n. 61., qui nihilominus hanc opinionem non admittit: sed in praxi vix locum habebit; occurret enim praescriptio longissimi temporis. Illam opinionem tamen admittit Gury §. 590. q. 4. qui *communem* dicit: sed loquitur forte de suis Gallis recentioribus.

309. Quando vero successor sit particularis (vid. Lugo disp. 7. n. 58.), mala fides praecessoris non obest, quominus ille, si bona fide non destituatur, praescriptionem inchoare possit eiusque frui beneficio. Mala fides non efficit statim rem furtivam, iuxta illa quae diximus sup. n. 282. et probant subiecta iura.

Sic l. 5. Dig. *de Diversis temporalib. praescript.:* « An vitium auctoris vel donatoris eiusve, qui mihi rem legavit, mihi noceat, si forte auctor meus iustum initium possidendi non habuit, videndum est. Et puto, neque nocere neque prodesse; nam denique et usucapere possum quod auctor meus usucapere non potuit ».

Et respondet l. 3. C. *de Periculo et commodo rei venditae:* « Dolum auctoris bonae fidei emptori non nocere, certi iuris est ».

Qui dolus possit esse, habes ex l. 13. §. 2. Dig. *de Publiciana in rem actione:* « Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore, lege non

prohibente, se emisse. Sed si deceptus falso tutore (auctore) emerit, bona fide emisse videtur ».

Et quidem exempla huc allata ostendunt, agi de mala auctoris fide, quae sit vitium *auctoris*, non autem *vitium rei*. Nam si res vitiosa sit, nullus est his quaestionibus locus.

XX. Titulus iustus, ad praescribendum requisitus, non verus aliquis intelligitur, qui nempe sine ope praescriptionis per se ad dominium acquirendum sufficeret, sed tantum apparens, qui tamen ad bonam fidem possessoris pariendam satis sit. Hic autem 1° *coloratus* dicitur, si occulta sit eius nullitas; at si laboret defectu conditionis a legibus requisitae, ad praescribendum non valet in foro externo, in quo iuris ignorantia non praesumitur: 2° *existimatus* dicitur, quando creditur intercessisse actio per titulum significata, quae tamen reipsa non intercessit: 3° denique *praesumptus*, quando ex diuturnitate quietae possessionis aut aliis circumstantiis aliquis titulus praesumitur intercessisse, quamvis possessor nullum determinate allegare possit.

Ad praescriptionem extraordinariam longissimi temporis ordinarie sufficit titulus praesumptus et indeterminatus: ad ordinariam autem praescriptionem temporis sive brevis sive longi, ex iure communi, requiritur titulus specialis ac determinatus.

310. Ad usucapionem aliquis titulus necessarius est. Tituli autem nomine hoc loco aliud non venit, nisi causa ex se habilis ad dominium transferendum, uti sunt donatio, emptio, permutatio, fideicommissum, legatum, occupatio rei pro derelicta habitae, aditio hereditatis etc., quibus, si tradens fuit dominus et potestatem alienandae rei habuit, dominium ipsum transfert; sin minus, transfert saltem usucapiendi conditionem. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 81.

311. Necessarius est titulus. Nam, ut dicitur l. 24. C. *de Rei vindicatione:* « *Nullo iusto* titulo praecedente possidentes, ratio iuris quaerere dominium prohibet. Idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio domini nunquam absumitur. Unde hoc casu postliminio reverso, citra beneficium actionis rescissoriae, directa permanet integra vindicatio ».

312. Titulus autem non satis est, si *existimatus* sit. Ita l. 27. Dig. *de usùcap.:* « *Celsus...* errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihil referre, emerit necne, donatum sit necne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit; quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit ».

Et in Instit. *De Usucapion.* §. 11.: « *Error* autem falsae causae usucapionem non parit: veluti si quis cum non emerit, emisse se existimans, possideat: vel cum ei donatum non fuerit, quasi ex donatione possideat ».

Et l. 5. C. *de praescript. long. temp.:* « *Nec petentem* dominium ab eo, cui petentis solus error causam possessionis sine vero titulo praestitit, silentii longi temporis praescriptione repelli, iuris evidentissimi est ».

313. Si tamen iusta aliqua subsit causa erroris, quo quis falso exi-

stimat se ex causa aliqua iusta possidere, tunc usucapio locum habere potest. Cf. nn. 334. 335.

Id patet ex l. 11. Dig. *De usucap. Pro emptore:* « *Quod vulgo* traditum est, eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse *pro emptore* usucapere, hactenus verum est, ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur ».

Et l. 5. §. 1. Dig. *Pro suo:* « *Sed id, quod* quis cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio: quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut eius, in cuius locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis est error ».

Eo usque autem necessarius est titulus, ut et probatio eius possessori imponatur; iustus enim titulus est, qui rem tuam facit et facile apparet, rem alienam esse eam, quam nullo ex titulo tuam esse nosti. Quo spectare possunt illa ex l. 11. C. *Unde vi:* « *Ridiculum est* dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere ».

314. Casus sit, quando titulus fingitur alius ac vere sit, uti v. gr. fingitur venditio, cum reipsa sit donatio: vid. Voet. lib. 41. tit. 3. n. 5. tom. 3. pag. 93. Item casus, quo titulus vere subsit, tamen possessor ignoret: Voet. ibid.

315. Generatim dici potest, eandem prorsus rationem esse transferendi dominii, et transferendi conditionem usucapionis.

Porro de dominio transferendo, statutum est ac ratum l. 31. Dig. *de Acquir. rer. dom.:* « *Nunquam* nuda traditio transfert dominium; sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur ».

Iusta autem causa est vel a privatis, vel a publica auctoritate, vel a nullo. A privatis, si transferendi dominii gratia ab his aliquid datur, venditur, solvitur, derelinquitur etc. Ex publica auctoritate, cum iudex litem adiudicat, aut praetor defert hereditatem. A nullo, quae sola occupatione fiunt alicuius.

316. Tot ergo sunt tituli usucapiendi et praescribendi rem alienam, quot sunt causae ex se habiles ad dominium transferendum l. 3. §. 21. Dig. *de Acquir. possessione:* « Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendae eius, quod nostrum non sit: velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his,

quae terra marique vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae ». Praecipui sunt octo sequentes: 1° pro soluto, 2° pro emptore, 3° pro herede, 4° pro donato, 5° pro derelicto, 6° pro legato, 7° pro dote, 8° pro suo. De his agitur tum lib. 41. digest. tit. 4. et seqq. tum Cod. lib. 7. tit. 26. et seqq. Iuris civilis consultis tractationem de his permittentes, nos heic brevem terminorum explicationem subiicere satis habebimus.

317. Itaque 1° *Pro soluto* usucapit, qui rem indebitam, quasi debitam, ab eo, qui solvit, bona fide accepit. Ita l. 33. §. 3. Dig. *De usurpat. et usucap.*: « Si mihi Titius, a quo fundum petere volebam, possessione cesserit, usucapionis causam iustam habeo. Sed et is, a quo ex stipulatu fundum petere volebam, cedendo mihi possessione, *si solvendi causa id fecerit,* eo ipso efficiet, ut fundum longo tempore capiam ».

Reiffenstuel lib. 2. tit. 26. n. 129. 130. ait, hunc titulum, sicut et postremum *pro suo,* dici generales, eo quod sint incerti et in aliis specialibus etiam includantur; quia qui rem possidet *pro emptore, pro legato* etc., eam possidet etiam *pro soluto* et *pro suo.* Hinc addit n. 130. hos titulos ordinarie non allegari ad praescribendum sine aliis titulis specialibus.

Sed forte de titulo *pro soluto* melius Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 93.: « Titulus pro soluto *aliquando* generalis est et transscendit varia genera solutionum factarum sive ex causa iudicati, sive ex empto sive ex donato etc. Aliquando vero *est specialis;* quod fit in casu, quo putas, te mihi ex legato vel quocumque alio titulo equum debere et mihi in solutionem tradis equum alienum, non significans mihi specialem titulum, sed tantum dicens, te debitorem esse huius equi; nam hac possessione in me translata, possum equum praescribere et usucapere titulo *pro soluto;* quia de nulla alia causa possidendi mihi constat ». De alio titulo *pro suo,* dicetur infra.

318. 2° *Pro emptore,* qui revera emit rem alienam bona fide ab eo, quem putabat esse dominum rei, cum non sit: vel qui a domino quidem emit, sed qui alienare non potuit, cum emens inculpabiliter existimaverit, eum alienandi potestatem habere.

Ut pro emptore quis usucapiat, regulariter necesse est, ut reipsa intercesserit *actio emptionis,* neque sufficit, ut emisse se existimet; quia esset error in facto proprio, qui in iure non toleratur. Excipe tamen, si alius v. gr. servus, vel procurator, cui dominus rem emendam mandavit, eandem tradat domino, dicens se emisse, cum tamen furto illam sustulerit; nam eo casu sufficit titulus existimatus ad usucapiendum, ut

habetur l. fin. §. 1. Dig. *Pro suo;* ubi etiam additur ratio « quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est ». Schm. lib. 2. tit. 26. n. 92.

319. 3º *Pro herede,* qui cum heres sit institutus, inter res hereditarias possidet rem alienam; quam si defunctus non possedit mala fide, heres legitimo tempore potest praescribere titulo *pro herede.*

Quidam concedunt hoc de herede *instituto,* non vero de heredibus *suis,* scil. de iis, qui parentibus heredes exsistunt. Verum Schmalzgr. cum Gonzalez aliisque contendit, hunc titulum etiam pro hisce valere: vid. Schmalz. lib. 2. t. 26. nn. 94-96.

320. 4º *Pro donato,* qui possidet rem sibi donatam ab eo, qui non erat dominus, sed eum rei dominum esse bona fide credebat. Ita l. 1. Dig. *Pro donato:* « Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet ».

Tamen ut *pro donato* rem praescribas, requiritur ut donatio iure teneat; quia si pater filio donaverit, cum invalida sit donatio, non deserviret filio ad usucapiendum. Schm. l. c. n. 93.

321. 5º *Pro derelicto,* qui rem ab alio, quam a domino suo possessam et ab eo habitam pro derelicta, ut talem apprehendit ac possidet. Ita l. 4. Dig. *Pro derelicto:* « Id quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus etiamsi ignoramus, a quo derelictum sit ».

Nempe ut *pro derelicto* praescribas, non debet res esse pro derelicto habita ab ipso domino eiusdem; tunc enim, si occupes rem illam, absque praescriptione facies tuam; sed debet esse pro derelicto habita ab alio possessore tertio, qui non est eiusdem dominus. Schm. l. c. n. 92.

322. 6º *Pro legato,* qui accepit tanquam legatum, quod legatum non est, vel quod legatum est, ab eo tamen, qui legare non poterat. Ita l. 1. Dig. *Pro legato:* « Legatorum nomine is videtur possidere, cui legatum est. Pro legato enim possessio et usucapio nulli alii, quam cui legatum est, competit ». — Et l. 4. Dig. eod. tit.: « Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit, aut testatoris quidem, sed adempta codicillis ignoratur; in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, et si in nomine erit dubitatio: veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit ».

323. *Pro dote,* qui rem alienam bona fide pro dote accipit. Ita l. 1. Dig. *Pro dote:* « Titulus est usucapionis et quidem iustissimus, qui appellatur pro dote, ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio sollemni, quo solent, qui pro emptore usucapiunt ».

Titulus *pro suo* non consideratur, ut est quidem generalis titulus transscendens alios titulos speciales, in quibus aliquo modo imbibitur (ut apparet ex textu qui n. seq. dein allegatur); nam etiam qui pro emptore, pro donato, pro derelicto possidet, dicitur hoc sensu possidere pro suo;

sed hoc loco habet rationem tituli specialis, quando scil. res aliena a nobis bona fide possidetur ex aliqua causa, quae ad alios nominatos titulos speciales non pertinet, et tamen apta est ex se conferre dominium, qualis est si quis feram alterius cicurem pro silvestri ceperit, aut pecuniam securitatis causa defossam tanquam thesaurum apprehenderit etc.

324. Itaque *pro suo*, qui falso, sed iusto ac probabili errore ex aliqua iusta causa, qua consuevit acquiri dominium, ex. gr. occupationis, alluvionis, fructus rei emptae etc., rem alienam possidet. Ita l. 1. Dig. *Pro suo:* « *Pro suo* possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus et ex ea causa possidemus, ex qua adquiritur et praeterea pro suo: ut puta ex causa emptionis, et pro emptore et pro suo possideo: item donata vel legata, vel pro donato vel pro legato, etiam pro suo possideo. Sed si res mihi ex causa iusta, puta emptionis, tradita sit et usucapiam, incipio quidem et ante usucapionem pro meo possidere ». Schm. l. c. n. 82.

325. Praeter hosce titulos adhuc sunt alii, qui 1° vel ex sententia in iudicio lata, 2° vel ex transactione, 3° vel ex permutatione, 4° vel societate exsurgunt.

Ac 1° *Pro iudicato*, res iudicata usucapitur spatio decem annorum, ut inquit Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 83.

2° *Pro transacto* usucapitur res, quae relinquenti actionem et a lite recedenti *transactionis* causa traditur ab eo, qui cum non sit dominus rei, putat tamen, se dominum eiusdem esse. Vid. l. *Ex causa* 8. C. *de Usucap. pro emptor. vel transact.*

3° *Pro permutato*, cui danti rem suam alteri animo permutandi, ab hoc redditur res aliena, cuius dominium dans non habuit, sed bona fide putabatur habuisse.

4° *Pro socio* denique, cui soluta societate pars rei alienae obtigit, quae bona fide putabatur esse communis sociorum.

Necessitas tituli in conscientia.

326. Necessitas alicuius tituli ad praescribendum facile apparet tum ex positivo iure, tum ex ratione. Et in iure Canonico quidem disserte dicitur cap. *Si diligenti* 17. *de Praescription.:* « Cum in praescriptione rerum ecclesiasticarum bona fides et iustus titulus exigantur ». In iure autem civili habes id cautum tum in l. *Celsus* 27. Dig. *De usurp. et usucap.* sup. n. 312., — tum l. *Nec petentem* 5. C. eod. tit. sup. n. 312., — tum l. *Nullo* 24. C. *de rei vindic.* sup. n. 311., tum l. *Usucapio* 4. C. *De usucap. pro herede*, quae ita habet: « Usucapio, non praecedente vero titulo, procedere non potest ».

Et l. *Si nulla* C. *de Acquirenda et retinenda possessione:* « Si nulla ex

causa ingressum agrum tuum sive vineas eum, cuius meministi, praeses repererit nec ulla praescriptione tua interpellatur petitio: restituere tibi possessionem cum omni causa (scil. fructibus) non dubitabit ».

327. Ratio autem est, quia titulus est causa et fundamentum iustae possessionis et sine eo non potest possessionem capiens habere bonam fidem; cum credere nequeat, se habere ius possidendi, nisi credat se habere titulum, ex quo ius hoc oriatur. Exinde l. *Improba* 7. C. *de Acquir. et retin. possess.* in iure *improba* dicitur esse omnis possessio, quae sine legitimo titulo fit. Hinc viderint alii, quid dicendum de lege gallica art. 2279., quae sancit, quoad *mobilia* possessionem valere *pro titulo:* ita ut fur quoque praescribere valeat (a).

328. Dictum est autem sup. n. 316. esse necessarium titulum *iustum*, idest *habilem* ad dominium transferendum; licet per accidens non transferat ob intervenientem probabilem ignorantiam ac iustum errorem.

Non sufficit ergo titulus quicumque. Unde *conductor*, *commodatarius*, *depositarius*, *colonus*, *inquilinus* etc. rem conductam, aut commodatam, depositam etc. non possunt praescribere; quia non sunt tituli *iusti*, idest *habiles ad dominium transferendum.* Ex quo fit, ut etiam in praescriptione centenaria et immemoriali, si *constet* praescribentem possidere rem cum titulo *vitioso* et *inhabili* ad transferendum dominium, eo ipso nulla sit praescriptio; quippe quae non possit consistere sine bona fide, bona autem fides praesumi non possit, quando constat de titulo inhabili seu vitioso.

De tituli qualitate

329. Quadruplex communiter solet distingui titulus, scil. *verus*, *coloratus*, *putativus seu existimatus* et *praesumptus*.

Verus est, cui nullus subest error; ut si donata res sit ab eo, qui dominus illius fuit et potestatem alienandi habuit; tunc enim donatarius rem donatam possidet *vero* titulo donationis.

Coloratus, qui et *apparens* vocatur, dicitur ille, qui apparet esse verus et si verus esset, habilis foret per se ad dominium acquirendum; sed tamen ob vitium occultum verus non est; ut si quis rem dono aut emptione accipit ab eo, qui non est dominus, quem tamen credebat invincibiliter esse dominum; aut cum a domino quidem accipit, sed qui potestatem donandi vel vendendi non habuit, v. gr. si filius familias, aut *minorennis*, qui putaretur *maior aetate*.

(a) Codex italicus aliter se habet art. 707. « Quod spectat ad bona ex sua natura mobilia et ad titulos (qui dicuntur al portatore), possessio producit eundem effectum ac titulus, in favorem *tertii*, qui sit *bona fide* ».

Putativus seu *existimatus* dicitur, quando probabiliter creditur intervenisse titulus aliquis particularis, v. gr. donatio, qui tamen a parte rei non intervenit; ut cum heres alicui tradit rem aliquam tanquam ei *legatam* ex testamento, quae tamen revera *legata* non fuit.

Praesumptus denique, quando ob diuturnitatem temporis ius praesumit intervenisse titulum, cum forte non intervenerit, nec possit a possessore in specie allegari, qualis fuerit. Talis est, si iudicetur, hunc fundum esse Pauli, utpote quem is longo tempore possedit, etsi revera fuerit Petri.

Quis ex hisce titulis requiratur.

330. *Titulus verus* ad praescriptionem non requiritur. Quippe hic sine praescriptione sufficit per se ad transferendum dominium.

331. *Titulus coloratus* ad praescribendum sufficit. Non tamen necessario requiritur.

Quod sufficiat, ex eo patet, quod non requiratur titulus verus. Ergo aut nullus alius sufficiet, aut certe sufficiet saltem *coloratus.*

Quod vero non requiratur necessario, inde patet, quod etiam existimatus seu putativus, ut mox videbimus, sufficiat. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 87.

332. *Titulus existimatus seu putativus* ad praescribendum sufficit, si rationabiliter existimatus sit. Ita communis apud iuris consultos sententia apud Schm. l. c. n. 87.

Ita l. *Ea res* Dig. *Pro Legato:* « Ea res, quae legati nomine tradita est, quamvis dominus eius vivat, legatorum tamen nomine usucapitur (l. 6. Dig. eod. tit.), si is, cui tradita est, mortui esse existimaverit ».

Et l. *Non solum* §. 1. Dig. *de Usurp. et Usuc.*: « Sed si eundem (fundum) a domino emerit, incipiet pro emptore possidere nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque iuris erit, etiamsi a non domino emerit, cum existimaret, eum dominum esse... Hoc amplius, si iustam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino exstitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutasse videbitur... Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat, se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere ».

Et l. *Si existimans* Dig. *de Usurp. et Usuc.:* « Si existimans debere tibi, tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim, nisi actio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse necne; sufficit enim, me putare meum esse, cum solvis: in emptione autem et contractus tempus

inspicitur et quod solvitur nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus ».

Ad quae Schmalzgr. l. c.: « Cum exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, praeter titulum *pro emptore*, quilibet alius sufficiet, etsi tantum sit existimatus. Imo et *pro emptore* habes, quomodo possit sufficere *existimatus* in l. *Quod vulgo* Dig. *Pro emptore* sup. n. 313.

333. Neque obstant l. Celsus ff. *de Usurp. et Usuc.* sup. n. 312., vel l. *Nullo* C. *de Rei vindic.* sup. n. 311., in quibus dicitur, ad praescriptionem requiri tituli exsistentiam.

Etenim leges illae intelligendae ita sunt, ut contentae sint exsistentia tituli existimata, dummodo *rationabiliter titulus sit existimatus*. Et hoc quidem expresse in thesi sup. n. praec. additum est. Nam titulus irrationabiliter putatus usucapionem non parit et huc pertinent duae leges sup. n. 312. allegatae. Quo etiam spectant l. *Si possideam* Dig. *Pro legato*, inquiens: « Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset, pro legato non usucapiam » et l. *Non magis* Dig. eod. tit. inquiens: « Non magis, quam si quis emptum existimet, quod non emerit ».

Ratio autem est, quia opinio nihil ponit in re et veritas praevalet opinioni, praesertim ubi (ut in proposito contingit) vertitur error facti proprii, qui in iure non toleratur.

334. Denique quod attinet ad titulum *mere praesumptum*, dicendum est, I. in praescriptione ordinaria longi temporis scil. 10. aut 20. annorum, uti etiam in triennali usucapione, titulum non praesumi, sed opus esse, ut allegetur et probetur titulus coloratus vel existimatus.

Id constat non modo ex ll. sup. n. 311. 312. citatis, sed etiam ex Institut. L. 2. tit. 6. *de Usucapionibus* ab initio, ubi disserte cavetur, quod « dominia rerum *iusta causa possessionis praecedente* adquirantur ».

Et hoc idem in iure canonico cavetur, can. placuit §. 1. caus. 16. q. 3.: « Qui enim bona fide *et iusto titulo* rem praesentis per decennium etc. ».

335. Si vero II. agatur de praescriptione longissimi temporis, ac multo magis si sermo sit de *centenaria* et *immemoriali*: *ordinarie* titulus non requiritur, sed sufficit bona fides, qua praescribens credit, se titulum habere, cum forte non habeat.

Ratio, quia antiquitas possessionis et lapsus tot annorum ex dispositione iuris habetur pro titulo et ex tam longo tempore praesumitur iusta causa possidendi. Ut enim ait Lugo disp. 7. n. 15.: « quia potuit titulus esse in ipso initio et postea per oblivionem deperdi, ideo statutum est, quod sufficiat titulus praesumptus... et hoc quidem quando ius non resistit, neque aliunde est praesumptio malae fidei in possessore ».

Haec iure canonico confirmantur. Nam can. *Placuit* 15. §. 1. caus. 16. q. 3. dicitur a Gratiano: « Si autem nullo titulo, bona tamen fide, per tricennium rem alicuius possederit, simili gaudebit praesidio ».

336. Diximus in longissimi temporis praescriptione 30. aut 40. annorum titulum non requiri *ordinarie*, scil., ut explicuimus cum Lugo, nisi aliunde contra praescribentem stet praesumptio malae fidei, quae iusti tituli praesumptionem elidat, aut nisi ius resistat et possessionem rei praescribendae positive prohibeat. Vid. et Molina disp. 75. n. 1.

Etenim, ut scite advertit Reiffenstuel lib. 2. tit. 26. n. 143., quando ius commune resistit praescribenti et est ipsi contrarium vel habetur praesumptio contra ipsum, eo ipso censetur abesse bona fides, nisi allegando titulum specialem possit talis praesumptio tolli, seu mala fides purgari. Ergo ad praesumptionem illam contrariam tollendam atque ad purgandam malam fidem, requiritur specialis alicuius tituli allegatio.

337. Quoad istam autem iuris resistentiam praescriptioni 30. vel 40. annorum, advertunt DD. (vid. Schmalagr. lib. 2. tit. 26. n. 89.) seqq.:

1° Certum est, non exigi ut ita ius resistat volenti usucapere, ut simul eundem reddat incapacem possessionis, prout v. gr. resistit laico quoad ius decimandi; nam si ita resistat, etiam tempore immemoriali praescribi non potest ob vitium possessionis.

2° Certum est, non sufficere resistentiam iuris quamlibet; nam v. gr. praescribere volenti servitutem in fundo alieno etiam ius commune resistit, quo omnia praedia libera esse praesumuntur. Et tamen ad harum servitutum praescriptionem, ut suo loco videbimus, titulus non est necessarius. Et, ut inquit Lugo disp. 7. n. 15., licet omnia praedia ex natura sua a servitutibus sint libera; quia tamen ius non prohibet servitutes vendi, concedi etc., non stricte dicitur ius resistere possessioni servitutis.

3° Certum est ad exigendum titulum sufficere, si ita resistat ius possessori, ut simul etiam assistat petitori seu illi, contra quem praescribitur: uti v. gr. contingit, quando clericus extraneus vult praescribere decimas in aliena paroecia; nam in hoc casu ius commune assistit parocho contra quemlibet extraneum possessorem. — Ita etiam, ut habet Lugo disp. 7. n. 15., « quia ad pacem et bonam ecclesiarum gubernationem constitutum est, ut ecclesiae omnes intra territorium cuiusque dioecesis constitutae ad Episcopum illius dioecesis pertineant, ut constat ex can. *Omnes* caus. 16. q. 7.; ideo Bonifacius VIII. cap. 1. *de Praescript.* in 6. definivit, ad hoc ut alienus Episcopus aliquas ecclesias praescriberet extra suam dioecesim, non satis fuisse probare possessionem 40. annorum, sed requiri ut ostendat titulum, vel probet possessionem immemorialem, quae praesumptionem malae fidei vincere et excludere possit ».

Et hoc est, quod alii dicunt, titulum necessario promendum esse, quando non quaelibet, sed *urgens* quaedam praesumptio in contrarium militat, seu quando ius fortiter resistit, attribuendo scilicet alteri talem rem (vid. Reiffenst. lib. 2. tit. 26. n. 147.). Proinde, inquit Schm. lib. 2. tit. 26. n. 90., melius et communius DD. negant, ad hoc (exigendum titulum) sufficere, si ius resistat possessori et simul petitori non assistat; imo negant reipsa ius commune unquam resistere possessori, quando simul non assistat petitori. Quocirca negant necessitatem tituli promendi pro 30. vel 40. annorum praescriptione, nisi ius ita resistat possessori, ut simul petitori assistat: quo in casu postremo defectum tituli supplere potest solum possessio *immemorialis*, ut exempla probant allata a Laymann lib. 3. tr. 1. cap. 8. n. 14. Exempla sunt 1. Episcopi alienae dioecesis ecclesiasticas decimas tempore immemoriali possidentis: 2. Regularium, qui beneficia, tanquam regularia sint, cum Episcopi praeiudicio absque titulo, tempore immemoriali teneant: 3° Si laici a solvendis decimis pari antiquitate immunes sint vel dioecesani ab Ordinarii iurisdictione exempti: 4° Si inferior Episcopi pontificalia insignia ob consuetudinem immemor. temp. sibi vindicet: 5° Si inferiores duces seu magnates regni tributa exigant, monetas cudant, vectigalia imperent: 6° Si clericus sibi iuspatronatus temp. immem. possideat: 7° Si fundator aut patronus ius praesentandi praelatum aut rectorem ecclesiae sibi sic vindicet etc.

De possessione necessaria ad praescribendum.

XXI. Possessio est praescriptionis veluti fundamentum; nam, ut habetur in iure leg. 25. Dig. *de Usucapionibus,* sine possessione usucapio contingere non potest et, ut habet tertia regula iuris in 6. sine possessione praescriptio non procedit.

Definitur autem communiter: detentio rei corporalis, corporis, animi iurisque adminiculo facta ac triplex distingui ita solet, ut alia mere naturalis dicatur, alia mere civilis, alia composita. Est mere naturalis, cum res solum physice possidetur, uti res furtiva retenta a fure: mere civilis, cum res physice prius possessa ac dein ablata, possidetur solo animo seu voluntate eam ut suam retinendi: composita demum seu perfecta, cum et naturalis est et civilis.

Porro ad inchoandam praescriptionem requiritur possessio tam naturalis quam civilis: ad continuandam vero sola possessio civilis sufficit.

338. Praetermissis aliis significationibus, vi quarum hoc nomen tribuitur vel 1° rebus *ipsis possessis*, vel 2° pro *proprietate* sumitur, vel 3° etiam pro *usucapione:* quod attinet ad praesens, accipitur pro illo ACTU vel IURE possidendi, a quo denominatur *possessor* et res *possessa*. Schm. lib. 2. tit. 12. n. 1.

339. Adverte, nos tradidisse in textu definitionem *possessionis facti,*

cum eam esse diximus: « Detentio rei corporalis, corporis, animi iurisque adminiculo facta » vid. inf. n. 341.

Distingui enim solet et debet *possessio facti*, quae est actus possidendi, a *possessione iuris*, quo nomine designatur ius possidendi et aliter atque aliter debent istae possessiones definiri.

340. Nam possessio iuris definitur « *ius insistendi rei, tanquam suae, non prohibitae possideri* ».

Dicitur 1° *ius:* quo distinguitur a possessione facti, quae revera non est ipsum ius, sed pariet ius, si fuerit iusta.

Dicitur 2° *insistendi rei:* quo possessio distinguitur a *dominio* seu *proprietate;* nam vi solius possessionis non competit possessori ius disponendi de re, sicut competit vi dominii, sed tantum ut possessor possit rem sibi tueri per iuris remedia aut etiam vim vi repellere aut pacifice, donec a vero domino evincatur, retinere; nam hoc est *rei insistere.* Ita qui retinet hereditatem aliqua ratione litigiosam.

Dicitur 3° *tanquam suae:* unde tutor non est *possessor* bonorum pupilli nec administrator aut servus *possessor* dici debet rerum domini sui; quia non suo, sed alterius nomine rem detinent. Idem dic de depositario, vel tenente pignus etc.

Dicitur tandem 4° *non prohibitae possideri;* nam contra expressa iura non datur possessio iuris: hinc laicus ex legis dispositione nunquam fit possessor rerum sacrarum, nec homo privatus rerum communium ac publicarum. Schm. lib. 2. tit. 12. n. 2.

341. *Possessio autem facti* (quae ad rem nostram facit), definitur communiter: *detentio rei corporalis, corporis, animi et iuris adminiculo.*

Dicitur 1° *detentio seu apprehensio rei;* nam possessio acquiritur, cum primo res corporis, animi et iuris adminiculo apprehenditur; dum vero apprehensa detinetur, possessio continuatur.

Dicitur 2° *rei corporalis;* quod etiam in praecedenti definitione subintelligi debet. Nam *incorporalia,* ut sunt servitutes, ius eligendi, decimandi etc. non dicuntur proprie possideri, sed quasi-possideri, ut in iure edicitur. Veruntamen accurata haec iuris distinctio inter possessionem et quasi-possessionem saepe non observatur et rebus etiam incorporalibus (ut communiter DD. advertunt) passim possessio attribuitur.

Dicitur 3° *corporis..... adminiculo;* quia apprehensio, quae constituat possessionem, debet esse corporalis sive *vere,* sive saltem *per fictionem iuris.*

Dicitur 4° *animi..... adminiculo;* quia ut detentio corporalis constituat possessionem, requiritur ut fiat cum intentione, qua quis vult rem retinere ut suam et haberi vel saltem apparere dominus, esto ipsemet non iudicet, se vere esse illius dominum, eo quod sciat detentionem suam

iniustam esse. Cur autem haec intentio requiratur, per se patet; secus enim diceretur a nobis possideri, quidquid manibus contrectamus aut etiam pedibus calcamus.

Dicitur 5° *iuris adminiculo:* quibus verbis non innuitur, quod omnis *possessio facti* quasi sit iusta aut positive a iure approbetur; nam fur v. gr. rem furtivam vere possidet et tamen possidet iniuste et contra leges; sed solum significatur, quod ius non debeat resistere possessioni, capacitatem scil. auferendo illi aut possidendi aut possessionem capiendi, sicut v. gr. laico tollit circa bona sacra, aut privato circa bona communia, qui proinde capere bonorum istorum possessionem nequeunt, ideoque possessores nunquam censentur. Schm. lib. 2. tit. 12. n. 3.

Reiffenstuel lib. 2. tit. 12. n. 11. tamen contendit, verbis *adminiculo iuris* indicari heic agi de possessione *iusta* et sic excludi possessionem *manifeste iniustam*, qua v. gr. fur detinet rem furtivam et est, inquit, *possessio facti* solum et dumtaxat *naturalis*. Verum haec praeferunt ingentem confusionem. Quid enim sibi vult possessio IUSTA? num solum *bonae fidei?* an etiam iustam ex parte rei? Melius cum aliis Lugo disp. 2. n. 6.: « Non petitur (per ea verba), quod res apprehensa sit iuste iustitia vera vel existimata, sed solum quod ius positive non resistat.... sicut aliquos reddit incapaces etc. ». Huc revoca quae infr. habentur n. 353.

342. Nonnullae divisiones sunt, quae minus proxime ad rem nostram faciunt. Ita possessio

1° Dividi solet in *iustam* et *iniustam*. Iusta est, quae iusto et legitimo titulo innititur: iniusta, quae eiusmodi titulo caret.

2° In possessionem *bonae* vel *malae* fidei. Bona fides heic dicitur, conscientia possessionis iustae et legibus conformatae: mala fides vero scientia possessionis iniustae ac legibus reprobatae. Bene autem Schmalzgr. lib. 2 tit. 12. n. 4. monet, non esse hanc partitionem confundendam (quod quidam fecerunt) cum praecedenti. Nam et possessio bonae fidei potest esse iniusta, quando nempe nititur titulo tantum existimato et vicissim iusta esse potest possessio malae fidei, si quis v. gr. rem suam, quam erronee putat alienam, possideat.

3° In possessionem *propriam* et *impropriam*. Propria est rerum corporalium: impropria seu quasi-possessio est incorporalium, puta iuris eligendi, venandi, servitutum etc.

343. 4° Denique (quae divisio omnium potissima est) in possessionem *naturalem*, *civilem* et *mixtam*.

344. Et ita quidem communiter Doctores. Perplacet tamen doctrina Laymann (lib. 3. tr. 1. cap. 7. n. 4), qui potiusquam triplicem quasi speciem possessionis, considerat possessionem quandam perfectam seu integram, quae ex civili et naturali coalescat et haec est, quae solet dici

mixta. *Naturalem* vero et *civilem* habet ut possessiones quasdam imperfectas seu potius ut *partes possessionis*.

Ita ille: « Doctores communiter aiunt, duplicem esse possessionem vel potius duas partes possessionis, *civilem* et *naturalem seu corporalem* ».

« Possessio civilis, seiuncta a corporali, in eo est, qui a possessione absens nullumque alium, qui suo nomine in possessione sit, relinquens, solo animo rem retinet. Possessio vero naturalis sive *corporalis* a civili seiuncta, in eo est, qui possessionem rei, tanquam sua sit, apprehendit, dum alius absens civilem eiusdem possessionem tenet. Est tamen naturalis possessio imperfecta et magis improprie dicta, quam civilis; quae vero ex utraque, civili et naturali coalescit, ea demum perfecta possessio est ».

Quae quidem cum iis, quae nos tenemus, apprime cohaerent quoad substantiam.

345. Recte autem intelligi debet, quod naturalem possessionem vocet etiam *corporalem* et civilem revocet ad rei retentionem, quae *solo animo* fiat.

Nam ansa hinc data videtur quibusdam, ut *naturalem* ac *civilem* possessionem quodammodo confunderent cum possessione *corporis et animi adminiculo*, de quibus in definitione mentio fit, quasi scilicet qua *naturalis* referatur ad meram apprehensionem *corporalem*, qua civilis vero referatur ad *animum* habendi rem ut suam.

At minus exacte haec dicuntur. Namque in definitione vox *corporis* ponitur ad significandum mere necessitatem apprehendendi rem corporaliter: vox vero *animi* additur ad indicandum, quod apprehensio illa debet esse cum animo rem apprehendendi tanquam tuam. Atqui utrumque illud necessarium est ad possessionem *etiam naturalem, seiunctam a civili,* uti patet ex definitione sup. relata ex Laymann sup. n. 344.

Unde bene ad rem Laymann, praemiserat l. c. n. 3., utrumque (scil. detentionem corporis et animi) requiri ad *acquirendam naturalem* possessionem, ut nempe et corpore rem apprehendas eique insistas et ut eam tanquam tuam capias habeasque atque adeo eum, qui rem conductam, commodatam, depositam vel pignoris loco penes se habet, non est eius possessor; cum non ut suam, sed ut alienam, seu non suo, sed alieno nomine teneat, ideoque nudum ministerium praestet. Quia nempe mera illa actio corporalis, qua res apprehenditur, per se ne naturalem quidem possessionem dicit.

346. Quocirca non satis exacte scripsit Lugo disp. 7. n. 12.: « Naturalis possessio sola non sufficit (ad praescriptionem); nam depositarius et colonus possident naturaliter et non praescribunt ». Nam exempla illa

non quadrant in *naturalem* possessionem, quae requirit, ut *non alieno* sed *suo* nomine res retineatur.

Nec melius scripserat Lugo disp. 2. n. 58.: « Additur deinde detentio *animi et corporis;* quia altero deficiente, deficit possessio; neque enim sufficit animus possidendi pisces vel thesauros, quos non apprehendisti: sicut neque e contra sufficit corporalis apprehensio, si non habes animum possidendi, seu habendi illam rem ut tuam. Sic enim baiulus portat pecunias alienas ad aedes domini et non possidet illas. Qui utroque modo possidet, scil. corpore et animo, dicitur possidere *naturaliter* et *civiliter:* cessante vero corporali apprehensione, dicitur *civiliter* possidere..... ». In quibus inducitur illa confusio, de qua diximus n. praec.

Ratio est, quia possessio *civilis* constringi debet ad animum *retinendi* ut suam rem, quam quis alias APPREHENDENDO *voluit facere suam* et *esse suam:* non vero extendi ad animum, quo quis rem *primo apprehendit.*

347. Egregie Schmalzgrueber lib. 2. tit. 12. n. 4.: definitiones ita exhibet:

« *Naturalis* est, cum quis rem quidem possidet *corporis et animi* adminiculo; alius tamen praeterea eiusdem rei possessionem civilem retinet. Ita v. gr. qui rem furtivam bona fide emptam vel domo acceptam possidet.

« *Civilis,* ut a naturali separata, est, cum quis rem *aliquando naturaliter quoque possessam,* non quidem actu corporis vel per se vel per alium, sed animi tamen adminiculo possidere pergit ». Ita qui amisit breviarium, dum se confert Tusculum ab urbe, vel dum hereditas penes depositarium manet, dum duo de ipsa acquirenda ut propria inter se litigant.

« Mixta est, quando quis corporis et animi adminiculo rem ita actualiter possidet, ut nullus alius eiusdem rei possessionem civilem retineat. Haec est perfectissima possessio ».

348. Reiffenstuel vero, qui sup. n. 341. *adminiculum iuris* explicaverat de *iusta* possessione, consentanee huic suae theoriae confundit possessionem *naturalem* cum possessione *facti, civilem* vero eandem esse dicit ac possessionem *iuris* lib. 2. tit. 12. nn. 12-14.; unde possessionem *civilem* et *naturalem* simul necessario vult esse *iustam* atque adeo scribit: « Talis semper est iusta convenitque cuilibet domino rem suam per corporalem insistentiam detinenti ».

At enim praeterquam quod definitio ipsius sic excludit possessionem mere *naturalem,* quae supponit, penes alium esse *civilem* ac proinde absurde dein n. 18. possessionem partitur in *iustam* et *iniustam;* quia si est etiam *civilis,* certe iusta ex ipso est: aliud grave incommodum non vitat. Nam lib. 2. tit. 26. n. 189. statuit cum communi, ad inchoandam

praescriptionem requiri possessionem tum *naturalem* tum *civilem*. At enim nisi explicet ulterius (quod nuspiam praestari ab ipso adverti), quomodo sit *iusta* possessio illius, qui non est rei dominus et tamen vult rem detinere tanquam suam, profecto excludere videbitur quamlibet acquisitionem per praescriptionem. Intelligenda ergo erit *iusta possessio* pro possessione *bonae fidei* et *iusta* dicetur, quatenus possidens existimat, se iure rem uti suam retinere. Uno verbo, intelligendus erit de iustitia seu vera seu *putatitia*.

349. Sed revera istae theoriae longe absunt a communi modo haec explicandi et totum vitium ab ipsa definitione, quam tradit, exoritur, ubi adminiculum iuris vult explicare pro *iustitia* possessionis.

350. Et sane alii, ut Voet lib. 41. tit. 2. n. 1., ne *iuris* quidem mentionem iniiciunt in definitione. Ita Voet: « Possessio est detentio rei corporalis, animo sibi habendi ».

Et Antonius Perez in lib. VI. Codic. tit. 32. n. 1., « Possessio nihil aliud est, quam detentio rei, animo affectioneque possidendi ».

351. Partitiones vero sic prosequitur Voet l. c. n. 3.: « Dividitur possessio, quatenus a me supra definita fuit, in naturalem et civilem idque duplici modo.

« Etenim primo quidem *naturalis* ea dicitur, quae in facto consistit, dum quis suo corpore possidet, seu corpore et animo suo possessioni incumbit, sive dominus bonae, sive malae fidei possessor sit ».

« *Civilis* vero (est), quae in iure consistit, dum quis animo possidet, adeoque fingitur a iure possidere, quod revera non tenet: quomodo et dominus seu bonae seu malae fidei possessor, atque etiam fur et praedo per corpus coloni, inquilini, commodatarii, depositarii similiumque vel etiam solo animo, sine corporis alieni ministerio, possessionem tenere intelliguntur... Et hoc est, quod ab Imperatore rescriptum, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae iure consistit, aliam quae corpore (L. *Nemo ambigit* C. *De acquir. vel amitt. possess.*).

« Sed et secundo possessio *civilis* illa dicitur, qua quis possidet animo seu opinione dominii, qua ratione possident veri domini et bonae fidei possessores; *naturalis* ex adverso ea, qua quis rem tenet animo quidem sibi habendi sed absque opinione dominii; quales praecipue sunt malae fidei possessores, vi vel clam possidentes, fures, praedones etc. ».

352. In quibus satis apparet, 1° quod quodam sensu *civilis* refertur ad possessionem saltem *putative iustam*, quo in casu *mere naturalis* indicat possessionem malae fidei; alio vero sensu *civilis* dicitur etiam possessio malae fidei.

2° Quando dicimus, possessionem *civilem* confundi cum *possessione iuris*, seu civilem consistere in iure, non est id intelligendum de *iustitia*

possessionis, ut volebat Reiffenstuel, sed de possessione per fictionem iuris, ut a Voetio audivimus.

353. Est et apud iuris interpretes mentio possessionis civilissimae, quando scil. ex dispositione legis dominium et possessio citra aliquem actum corporis verum vel fictum transfertur; veluti cum bona rapientis virginem sanctimonialem acquiruntur monasterio l. *Raptores* C. *de Episcopis et Clericis*. Ita Voet lib. 41. tit. 2. n. 3.

354. Sed haec etiam a Canonistis admittuntur. Ita Schmalzgr. lib. 2. tit. 12. n. 10.: « Verior sententia est illorum, qui docent legis dispositione quaeri possessionem absque ullo actu apprehensionis vero vel ficto posse. Colligitur aperte ex cap. *Cum Ecclesia*, *De Causa Possess. et Proprietatis* et c. *Contingit De dolo et contumacia* ».

Ratio, quia possessio illiusque effectus iure solum positivo inductus est. Atqui ea, quae sunt iuris positivi humani, eodem vel alio iure, vel consuetudine tolli et variari possunt.

Confirm. ex cit. cap. *Contingit*, ubi casu, quo missio in possessionem bonorum rei contumaciter absentis a iudice primo decreta est et actor ob potentiam vel fraudes adversarii actualem illorum detentionem non potest acquirere; elapso anno idem actor verus possessor quoad iuris effectus efficitur.

355. Nostrum vero non est heic disquirere, quomodo possessio acquiratur et quando necessaria sit vera rei apprehensio (vid. Schmalzgr. lib. 2. tit. 12. n. 56.), quando sufficiat apprehensio ficta et quotuplici modo haec fieri possit (vid. Schmalzgr. l. c. n. 7-9.) aut quomodo acquiratur possessio seu quasi-possessio rerum incorporearum seu iurium itemque quomodo possessio amittatur et quotuplici modo (Schm. l. c. n. 13-17.) ac denique quaenam sint commoda et privilegia possessionis (Schm. l. c. n. 18.); inter quae non minimum est quod possessor bonae fidei usucapere possit etc.

Nostra tantum interest nosse, quae possessio requiratur et sufficiat ad praescriptionem inchoandam et continuandam.

356. Et quoad necessitatem possessionis ad praescribendum, manifesta sunt iura, quae in Synopsi n. XXI. habentur: quibus alia addi possunt, quae habes apud Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 42.

Solum adverte necessarium corollarium, nempe incapaces esse praescribendi eos, qui incapaces sunt possidendi rem aliquam. Laicus ergo v. gr. nunquam potest praescribere ius decimandi aut conferendi beneficia etc.

Scavini disput. *de Iust. et Iur. de Praescript.* q. 4. n. 4., ponit inter conditiones possessionis, quod sit *pacifica*, seu *placida* idest, inquiunt, ut excludat quemlibet violentiae actum et quod sit *publica* idest non clandestina, ut potuerit innotescere ei, contra quem praescribitur.

Haec desumpta sunt ex art. 2229. Codicis Gallici. Sed quoad primum adverti potest, quod sensus vocis *placidae* seu pacificae (paisible) non sit mera exclusio violentiae. Iurisconsulti enim potius prae oculis habent, ut possessio expers fuerit et immunis a litis contestatione etc., ut videbimus ubi de *interruptione* praescriptionis (a).

Et reipsa ad hunc articulum compilatores codicis allegaverunt l. 4. §. 22. 23. Dig. *De Usurpat.*, et §. 1. 2. *Inst. De Usucap.*; tum l. 2. C. *De Praescrip. longi temporis.* Porro duobus prioribus locis excluditur, ne res sit vi possessa (quod melius dicitur, quam vage *exclusio omnis violentiae*, quae adesse potuit ex parte alterius, nec nocere praescriptioni) et in l. 2. C. allegata excluditur, ne possessio *interrupta sit inquietudine litis.*

Quoad alterum vero (scil. quod sit *publica*) non adverterunt forte, haec non esse ad rem pro praescriptione fori interni, sed solum pro foro externo. Sane qui praescribit, bona fide ignorat, rem non esse suam, sed suam putat. Quorsum ergo monitum, ne possideat clandestine? Valet monitum pro fure, qui ideo occultet, ut implere possit tempus praescriptionis.

357. Quod necessaria sit *naturalis possessio* ad praescriptionem *inchoandam*, manifeste inde patet; quia sine naturali sive actuali rei apprehensione vera vel ficta possessio ipsa non inchoatur.

Civilis vero possessio, quando cum naturali coniungitur, cum nihil aliud significet, nisi quod quis possideat cum *opinione dominii* (vid. et Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 42. q. 1.) et iure non refragante, patet, et hanc esse necessariam, qua animo et opinione et voluntate rem velit uti suam possidere.

358. Id autem dicitur, quando agitur de re corporea. Nam si de re incorporea sermo sit, uti sunt iura, circa quae non datur possessio, sed solum quasi-possessio, tunc vel ista iura nulli inhaerent rei corporali, uti ius eligendi, vel corpori inhaerent, uti servitutes.

Iurium nulli rei corporali inhaerentium possessio acquiritur per eiusmodi iurium usum, accedente scientia et patientia illius, ad quem pertinet concedere vel resistere actui.

Iurium vero secundi generis possessio comparatur duplici modo 1° per introductionem seu immissionem in fundum, qui servire debet, factam

---

(a) In iure italico, ubi non alia possessio, quam haec, describitur, nempe: « detentio rei aut fruitio iuris, quod quis habet aut per se ipsum aut per alium, qui rem detinet aut exercet ius, nomine ipsius » art. 685.: statuitur, possessionem esse legitimam, « si sit continua, non interrupta, pacifica, publica, non aequivoca et cum animo detinendi rem ut propriam » art. 686.

animo tradendi possessionem ab eo, qui servitutem concedit. Ita Molina tr. 2. disp. 14. n. 1.

2° Per exercitium servitutis, tanquam sibi debitae, ut fusius dicetur, ubi de servitutibus, nempe vel exercendo actus, si possessio sit *servitutis affirmativae*, vel contradicendo et prohibendo alteri, qui velit acquirere, si *de negativa* sit sermo. Schm. lib. 2. tit. 12. n. 11.

359. Quod vero ad continuandam praescriptionem sufficiat possessio *mere civilis*, quatenus aliquis, etiam absens, animo vult retinere rei suae possessionem, inde etiam patet, quod secus nemo facile unquam praescriberet; quia nemo facile possessionem naturalem continuat toto tempore legibus definito. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 44.

Idque disserte edicitur in l. *Licet* 4. Cod. *De acquirenda et retinenda possessione:* « Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo praediorum desertam possessionem non derelinquendi affectione, transacto tempore, non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti; praeiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest ».

360. Ceterum cum dictum est sup. 357. necessariam esse possessionem *naturalem*, non tamen excludenda est doctrina, quam Reiffenst. lib. 2. tit. 26. n. 190. glossae tribuit et probabiliorem appellat, nempe sufficere etiam possessionem, quam diximus *civilissimam* sup. 353. 354., quam doctrinam Covarruvias apud Reiffeust. l. c. communem probat.

Ratio, quia hoc ipso, quod talis possessio censeatur ministerio legum *vera possessio*, quoad effectus nihil differt aut differre debet a vera naturali civilique possessione.

361. Porro ex ratione possessionis desumi debet, quid quispiam temporis diuturnitate possederit. Nam tantum praecise aliquis praescribit, quantum possidet (Schm. lib. 2. tit. 26. n. 43.). Et hoc quidem necessario consequitur ex eo, quod possessio ipsa pacifica cum aliis requisitis titulum et fundamentum tribuit praescriptioni.

362. Exinde fieri potest, ut quispiam non totam rem, sed partem tantum, quam nempe possedit, praescribat; imo idcirco contingere etiam potest, eandem rem a diversis praescribi secundum diversas partes aut secundum diversa iura; ita ut unus v. gr. praescribat dominium, alter usumfructum, unus dominium directum, alter utile, unus unam partem, alter aliam partem: item in eodem loco duo possunt praescribere iurisdictionem concurrentem, si uterque actus possessorios sufficientes sine prohibitione alterius exercuerit. Nec tamen eo casu ius utriusque erit in solidum, sed in actu seu exercitio iurisdictionis semper erit melior conditio possidentis (Schm. lib. 2. tit. 26. n. 46.): vid. infr. n. 366. ad finem.

363. Licet vero ad inducendam praescriptionem possessio debeat esse

continua et non interrupta; heic tamen sedulo advertendum, continuatam possessionem censeri, non solum si apud unum permaneat, sed etiam si in alterum transferatur, sive demum illud fiat titulo universali, quomodo rem, possideri coeptam a testatore, usucapere potest heres illius; sive titulo singulari, ut cum res aliqua per donationem aut venditionem a donante vel vendente transfertur in donatarium seu emptorem (Schm. lib. 2. tit. 26. n. 47.). Exempla sunt obvia.

364. Quoad iura, quae valeant aut non valeant praescribi, consuli possunt Canonistae (vid. Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. a n. 49.). Inter iura, quae ex defectu legitimae possessionis praescribi nunquam possunt, quippe capacitas deest possidendi atque adeo praescribendi, recenseri possunt 1° Matrimonium carnale; nulla enim temporis praescriptione coalescere potest, si nulliter fuit contractum, vel disiungi, si valide contractum fuit.

2° Matrimonium spirituale seu professio religiosa; nam haec quoque per viam praescriptionis nec induci potest, nec valide emissa potest dissolvi.

3° Exercitium ordinis sacri, uti v. gr. absolvendi a peccatis quoad eum, qui sacerdos non sit atque adeo iure divino absolvendi incapax, aut etiam si agatur de exercitio, cuius laicus incapax est, sine privilegio apostolico, v. gr. absolvendi a censura.

4° Ius decimandi et alia spiritualia, quae possidere laici absque privilegio apostolico nequeunt.

5° Exemptio ab obedientia, quam Principi, Episcopo, vel alteri suo superiori debent subditi; nam hanc praescribere nullo isti possunt tempore, quandiu se subditos fatentur et pro talibus se gerunt.

365. Contra vero, ob legitimam possessionem, potest praelatus inferior v. gr. Abbas vel Archidiaconus etc. contra Episcopum praescribere quaedam iura et acquirere iurisdictionem in certis ecclesiis, si per 40. annos in eorum possessione fuerit et titulum coloratum habeat.

Octo praecipue numerantur iura eiusmodi:

1° Ius instituendi et deponendi clericos in ecclesiis et capellis sibi subiectis.

2° Ius ordinandi clericos, quod intellige de iis ordinibus, qui non requirunt ordinem episcopalem, ut conferri ab aliquo possint.

3° Baptismus, uti scil. inferior Episcopo ius habeat in ecclesia sua tenendi fontem baptismalem.

4° Ius poenitentiam imponendi pro levioribus culpis.

5° Ius sepulturae seu recipiendi aliquem ad sepulturam libere.

6° Decimarum perceptio, scil. quartae partis decimarum, quae de iure ad Episcopum pertinet.

7° Ius celebrandi divina in ecclesiis Episcopo subiectis.

8° Potestas excommunicandi, interdicendi clericos et ecclesias seculares sibi subiectas eosque seu illas absolvendi.

366. Duo tamen notanda. 1° Quod licet praescribi haec possint 40. annorum spatio cum titulo colorato; si tamen titulus hic desit, requiritur tempus immemoriale. 2° Quod exercens iurisdictionem in quibusdam tantum articulis, in his solum, non vero in aliis iurisdictionem acquirat, utut ipse intentionem habeat universalem iurisdictionis possessionem acquirendi; quippe, ut superius n. 361. 362. diximus, non plus praescribit quis, quam possideat neque extenditur praescriptio de iure in ius vel de casu ad casum similem, cum sit stricti iuris.

De tempore ad praescribendum legitimo.

XXII. Tempus a iure communi ad praescriptionem requisitum distinguitur quadruplex: nempe breve idest triennale, longum idest decennale inter praesentes, inter absentes absentiae annis duplicatis; longissimum, triginta scilicet vel quadraginta annorum pro rei diversitate; denique immemoriale, cuius nempe initii memoria apud viventes homines amplius non exstat.

Res mobiles, si iustus titulus adest specialis, triennio praescribuntur completo. In usucapione autem, ut iura habent, ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus: vid. l. 6. ac 7. Dig. *de Usurpationibus.* Si vero sola bona adsit fides sine speciali titulo, nisi post 30. annos non praescribuntur.

Res immobiles, si adest specialis titulus, contra privatum dominum praescribuntur decennio inter praesentes, inter absentes vero vicennio; absentes autem dicuntur, qui sub diverso gubernio provinciali consistunt. Si autem nullus adest specialis titulus, triginta anni requiruntur, vel quadraginta.

Ex speciali autem privilegio longissimum praescriptionis tempus requirunt 1° bona pupillorum et minorennium, quae etiam cum titulo speciali, quoadusque minorem aetatem illi non excesserint, non praescribuntur ante completum annum 30.^{m} et quidem annis aetatis pupillaris non computatis. 2° Bona immobilia Ecclesiarum, ac generatim locorum piorum, quae 40. annos exigunt; immo bona Ecclesiae Romanae non nisi 100. annorum spatio praescribuntur, quemadmodum et bona Principis, seu, ut aiunt, coronae.

Haec, inquam et plura alia ex iure communi; cuius statuta cum multis in locis non serventur, hinc hisce de rebus leges cuiusque regionis propriae inspiciendae.

367. Tria sunt praemittenda, ut dein expedite et distincte regulae statuantur.

1° Diversae temporis mensurae.

2° Diversae res praescribendae.

3° Diversae personae, contra quas praescribitur.

368. Quoad temporis mensuras, aliud dicitur breve, aliud longum, aliud longissimum, aliud denique immemoriale.

Breve dicitur, quod est infra vel supra triennium, minus tamen decennio, inquit Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 98.

Ita *breve* definimus, quia definitione comprehendimus non modo praescriptionem rerum, sed etiam eam praescriptionem *actionum* contra quaedam crimina, qua fit ut elapso quodam tempore reus de tali delicto inquiri aut iudicialiter accusari ac puniri non possit.

Ita v. gr. actio iniuriarum exspirat ex iure communi unius anni spatio. Actio ad adulterium vel aliud peccatum carnis accusandum (excepto tamen stupro per vim illato et adulterio coniuncto cum incestu, quorum accusatio sic non praescribebatur) exstinguitur spatio quinquenii.

Ita actio *redhibitoria*, quae datur emptori contra venditorem, ut recipiat animal morbidum vel aliam rem vitiosam (quam quis cognito vitio non emisset) atque adeo pretium eius restituat, tollitur eademque praescribitur contra emptorem sex mensibus, computandis a die, quo is vitium cognovit.

Ita actio *quanti minoris*, quae datur emptori, qui rem vitiosam, si vitium eius rescivisset, emisset quidem sed minori pretio, ut quanti minoris emisset, repetere possit, durat dumtaxat ad annum etc. Reiffenst. lib. 2. tit. 26. n. 178-183. Ita querela inofficiosi testamenti quinquennio consumitur ex l. *Si quis* Dig. *De inofficioso testam.* Schm. lib. 2. tit. 26. n. 119.

Ita generatim omnes actiones poenales tempore annali exstinguuntur. Schm. l. c. n. 121.

Actio doli durat biennio l. fin. Dig. *de Dol. mal.*: exceptione actio peculatus exstinguitur quinquennio. Schm. ibid.

369. Longum dicitur tempus decem annorum, inter praesentes et viginti annorum inter absentes.

Porro, dum dicitur *viginti* inter absentes, supponitur, eum, contra quem praescribitur, fuisse semper absentem. Nam regula generalis haec est, ut ad *longam* praescriptionem sufficiant decem anni, si is fuerit praesens. Quod si intra illud decennium per aliquod spatium temporis fuerit absens, tunc tantundem temporis addendum est decennio, quanta fuit absentiae duratio. Ergo v. gr. si uno anno abfuit, hic annus decennio addetur, et evadent undecim anni; si per quinquennium abfuit, quinque anni addentur decennio, et evadent anni 15. et hoc eodem recidit, ac regula tradita, quod nempe absentiae anni duplicantur.

Longissimum tempus sunt anni triginta vel quadraginta.

370. Denique tempus immemoriale dicitur, cuius initii memoria non exsistit.

Dici autem determinate non potest, quantum temporis ad hanc ultimam praescriptionem requiratur. Certum est enim, non semper sufficere tempus annorum centum; quia possent esse aliqui ultra centum annos et contrarii iuris meminisse. Item certum est, non requiri centum annos ;

quia constat v. gr. (ita Schmalzgr. n. 3. h. tit.) impositiones, quas nobiles a suis subditis accipiunt, longe minoris esse temporis; quae tamen dicuntur esse temporis immemorialis. In genere igitur, ut aliqua praescriptio dici immemorialis possit, requiritur tale tempus, ut dici possit, initium illius memoriam hominum excedere.

Ubi notandum est, non obesse, quin dici immemorialis praescriptio possit, etsi constet possessionem aliquam non fuisse ante longissima quaedam tempora, ut 200. 600. 1000. annorum; sed adhuc manebit immemorialis possessio, dummodo initium illius memoriam senum, qui modo sunt, etiam ex auditu et traditione antecessorum suorum excedat. Schmalz. lib. 2. tit. 26. n. 3.

371. Quoad *diversas* res praescribendas sunt solum duo monenda, 1º alias res mobiles dici, alias immobiles. De his vid. sup. n. 61.

2º Rerum suarum naturam sequi actiones et iura ad illas, tanquam accessorium ad principale; et ideo actiones, quae competunt ratione debitorum pro rebus mobilibus, sicut et ipsa debita, bonis mobilibus accensentur: e contra census annui, ususfructus, aliaeque servitutes, annumerantur bonis immobilibus, sicut et ipsi fundi vel domus, quibus adhaerent. Vid. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 97.

372. Quoad *diversas personas, contra quas praescribitur*, monendum, hoc loco solum considerari diversitatem praesentiae vel absentiae eorum, contra quos praescribitur.

Praesentes olim dicebantur, qui sub eodem praeside provinciae domicilia habebant, ut patet ex l. fin. C. *de Long. temp. praescriptione. Absentes* vero, qui in diversis.

Modo *praesentes* dicuntur ii, qui in eodem territorio, vel, si hoc nimis amplum est, sub eodem praefecto vel iudice domicilium habent, cuiusmodi plerumque erunt, qui habitant in eadem civitate. Hinc *absentes* dicentur, qui in diversis territoriis ex. gr. civitatibus diversos iudices, gubernatores, praesides etc. habentibus habitant.

373. Hoc autem ideo est advertendum, quia, ut sup. n. 369. diximus, ordinarie minus tempus requiritur ad praescribendum contra praesentes, quam contra absentes.

Ratio autem est, quia praesentes facilius possunt res suas apud alium exsistentes agnoscere; hinc durum esset, absentes aeque cito rebus suis privari, ac praesentes.

Quantum tempus requiratur.

374. Animadversum est, tempus praescriptionis computandum esse non de momento ad momentum, sed de die in diem, ut sumitur ex iure allegato l. 6. Dig. *de Usurpat. et Usucapion.*: « In usucapionibus non a

momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus »: ad quae glossa: « Ut qui postremam diem attigerit, eum usucepisse dicamus. Ergo non ab hora in horam, sed de die in diem fit computatio ». Et l. 7. Dig. eod. tit.: « Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Ianuarias implet usucapionem ». (Hora autem sexta diei est meridies, ut habet glossa ad h. l.).

Et clarius l. 15. Dig. *de Diversis temporalibus praescriptionibus* etc.: « In usucapione ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus impleatur usucapio nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus ».

375. Res mobiles *privatorum*, quantumvis pretiosae, cum *titulo* praescribuntur triennio.

Ita init. *Instit. de Usucapionib.*: « Iure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave quavis iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno: si immobilis, biennio tantum in italico solo usucaperet, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus dominis, sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (idest inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquirantur ».

Constitutio autem, quam innuit textus, est ea, quae habetur in l. unic. C. *de Usucapione transformanda*, in qua haec eadem statuuntur.

376. Et videri quidem poterit minus opportunum, quod rebus immobilibus amplius taxetur tempus; quando res mobiles celari possunt et ideo ius prosequendi illas difficilius redditur domino.

Respondetur autem 1° plerumque in mobilium amissione minus praeiudicium creari domino, quam in amissione immobilium. 2° Res mobiles, si bona fide possidentur, non ita occultari solent; iam enim fraudolenta occultatio bonam fidem everteret, imo rem furtivam efficeret et sic nunquam usucapi posset tempore ordinario.

377. Dixi autem sup. n. 375. res mobiles *privatorum*; nam fuerunt, qui vel suspicarentur vel opinarentur aut docerent, ecclesias, sicut in immobilibus gaudent privilegio, ut longiori tempore, quam immobilia privatorum, praescribi tantum possint, ita hoc privilegio gaudere etiam in rebus mobilibus. Vid. apud Schm. lib. 26. n. 107.

Nihilominus, inquit Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 108., communior sententia est, quoad mobilia, nisi forte sint res pretiosae, ecclesias, etiam Romanam, nihil peculiare habere: absolvetur igitur contra illas praescriptio triennio cum titulo, sine titulo, tricennio. Ratio est, quia iure civili ita generaliter statutum est et iure canonico nuspiam invenitur facta mutatio. Vid. apud eund. Schm. solutionem rationum in contrar.

378. Dixi, *cum titulo* videlicet speciali. Nam si non adest titulus, res mobiles eandem legem sequuntur ac immobiles, ubi desit titulus, nempe non praescribuntur nisi longissimi temporis beneficio, hoc est 30. annorum. Schm. l. c. n. 100. ad fin. d.

379. Res *privatorum* immobiles (si non sint personae privilegiatae, de quibus paulo post), quando adsit titulus specialis, praescribi possunt inter praesentes 10. annis, inter absentes vero annis 20. Textus iuris habetur in praec. n. 377. ad fin.

Quod si aliquis partim absens, partim praesens per hoc decennium fuerit, absentiae tempus duplicari debet iuxta dicta sup. n. 370.

380. Quod si desit specialis titulus, etiam immobiles, prouti de mobilibus diximus sup. n. 378. sive inter praesentes sive inter absentes non praescribuntur nisi longissimo tempore, nempe 30. annorum (a).

De rebus pupilli et minorennis.

381. De hac re tres leges prae oculis habendae omnino sunt.

1ª Est, quam habes in l. *Sicut* 3. C. *de praescrip.* 30. *vel* 40. *an.*; in qua dicitur: « Pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni (qua nempe post 30. aut 40. annos

---

(a) In iure italico omnes actiones reales et personales praescribuntur lapsu 30. annorum, quin obiici valeat defectus tituli aut bonae fidei art. 2135. Qui bona fide acquirit rem immobilem aut ius reale super illud, vi alicuius tituli, qui debite fuerit inscriptus et qui non sit nullus ob defectum formae, complet praescriptionem in sui favorem lapsu decennii a die inscriptionis, art. 2137.

Lapsu sex mensium praescribuntur actiones cauponum, hospitum, pro victu et diversorio.

Lapsu anni actiones magistrorum, qui in dies aut in mensem stipendia accipiunt, domesticorum, operariorum, eorum qui domos pro educatione habent etc.

Lapsu triennii actiones magistrorum, qui pro tempore mensem excedente stipendia accipiunt, medicorum, chirurgorum, pharmacopolarum, notariorum etc.

Lapsu quinquennii annualitates redituum perpetuorum et vitalitiorum, tum pensionum pro alimentis: locationes domorum et fundorum rusticorum, usura pecuniae debitae et generatim quidquid solvendum est anno absoluto aut intra minus temporis spatium, art. 2138-2144.

Actio proprietarii vel possessoris rei mobilis, pro recuperanda re furto ablata aut amissa, praescribitur biennio art. 2146.

Sed cf. dicta n. 306. in fine.

desinit omnis actio). Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis, similiter ut illis, annorum triginta intervalla servanda sunt ».

2ª Est, quae habetur l. *Non est* 3. C. *Quibus non obiicitur longi temporis praescriptio* et est huiusmodi: « Non est incognitum, id temporis, quod in minori aetate transmissum est, longi temporis praescriptioni non imputari; ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit ».

3ª Est, quae habetur l. *Sancimus* fin. C. *In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est.* « Sancimus favore imperfectae aetatis, exceptionem non numeratae pecuniae ab initio (sc. antehac) minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere; melius etenim intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere: videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus ».

382. Itaque quoad pupillos attinet, manifestum est ex prima alleg. lege, eos ne longissimi quidem temporis praescriptione laedi posse; quippe tempus aetatis pupillaris ad tempus praescriptionis computari nullatenus potest.

Quocirca non solum durante aetate pupillari non potest inchoari praescriptio rei ad eum pertinentis, sed neque currit, si forte contra defunctum patrem aut qualemcumque praecessorem inchoata fuerit; nam generale viget principium, quod durante pupillari aetate praescriptio non currit.

383. Excipiunt DD., si tempus praescriptionis impleatur, pupillo adhuc exsistente in materno utero. Nam tunc praescriptio compleri censetur potius contra defunctum, non vero adversus pupillum nondum natum. Neque enim iura volunt praescriptionem impedire ob incertitudinem postumi nascituri. Veruntamen in hoc casu datur nato postumo beneficium restitutionis in integrum, ut patet ex l. *Etiam* 45. Dig. *de Minoribus* 25. annis, et l. un. C. *Si adversus usucapionem.*

Et haec quidem de aetate adhuc pupillari, in qua ne 30. quidem ann. praescriptio valet.

384. Et quidem primae ex citatis legibus n. 381. innititur quod dedimus in synopsi de minorennibus et de pupillis, qui expleta pupillari aetate evadunt et ipsi minorennes, nempe horum res non praescribi etiam

cum speciali titulo, nisi XXX. annorum spatio. Sic enim lex: « Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris (scil. cum facti sunt minorennes), necessario eis, similiter ut illis (scil. minorennibus), *annorum triginta intervalla servanda sunt* ».

Et ita quidem hanc legem interpretati sumus, auctoritatem sequuti Card. Lugo disp. 6. n. 72., Castropalai tr. 31. scil. *De iust. et iur.* disp. unic. punct. 22. §. 15. n. 1., Lessii *De iust. et iure* lib. 2. cap. 6. n. 24., et Schmalzgrueber in lib. 2. tit. 26. n. 38., Croix lib. 3. part. 2. n. 532. et Voit tom. 1. n. 885. et, aliis omissis, Salmanticensium tract. 12. cap. 2. n. 105.. qui tamen addunt ibi *somnium de* 30. *annis inter praesentes et* 40. *inter absentes.*

385. Sincere tamen fateor, magis conformem iuri videri sententiam, si sic efferatur privilegium minorennium, ut praescriptio longi temporis (scil. 10. aut 20. annorum) contra eos non procedat, nisi expleto minorennis tempore, quod ad 25. annum aetatis completum se extendit.

Exinde autem fieri utique poterit, ut praescriptio non obtineat nisi post triginta annos, v. gr. si quis possidere incipiat rem aliquam minorennis, cum hic decimum quartum aetatis annum vix elapsus est. Nam intercurrent undecim anni usque ad tempus completae minoritatis, quo praescriptio currere adversus eum incipit et si agatur de praescriptione longi temporis inter absentes, quae requirit 20. annos, iam praescriptio non complebitur nisi anno trigesimo primo. At hoc fit per accidens; nam si id contingat non initio pubertatis, sed hac valde adulta, v. gr. cum minor 23. annum explevit, iam deerunt solum duo anni, post quos praescriptio longi temporis currere adversus eum incipiet, atque adeo implebitur duodecim annis inter presentes, 22. inter absentes. Et si agatur de re mobili, sufficiet triennium computandum ab expleta minorenni aetate; unde v. gr. quadriennio poterit praescribi, si anno 24. adolescentiae distracta fuit.

386. Dixi hanc sententiam magis iuri conformem. Et sane in secunda quam supra attulimus (n. 381), lege dicitur: « Non est incognitum, id temporis, quod in minori aetate transmissum est, *longi temporis praescriptioni non imputari;* ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit ». In qua disserte habes, longi temporis praescriptionem currere incipere inchoata maiori aetate: ergo decennio inter praesentes, vicennio inter absentes implebitur. Habes deinde, non imputari ad praescriptionem tempus, quod transactum est in minori aetate: quod sane brevius esse potest, quam ut efficiat summam triginta annorum; imo nunquam efficiet inter praesentes, quando post minoritatem decennium tantummodo requiritur.

387. Et huc spectat lex alia, quae afferri in hanc rem solet, quae

sic habet l. fin. C. *In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est:* « Adolescentiae tempus non imputari in quinquennium liberis, cuius praescriptio seram inofficiosi (testamenti) quaestionem moventibus opponi solet, manifeste ante descripsimus. Impleta igitur aetate legitima, non est in integrum restitutio necessaria; quia non redintegratio amissae causae his datur, sed integra ipsa causa servatur ».

In quibus similem causam habes: nempe 1° non computari tempus ante legitimam idest maiorem aetatem elapsum: 2° legitima aetate acquisita, omnia ordinaria lege servari.

388. Neque reipsa sententiae, quae exigit ad praescribendum tempus longissimum, nempe 30. annorum, vim addit lex illa, quam primo loco attulimus et quam solent pro se DD. citati (sup. 384.) allegare.

Etenim ea lege sancitur, ut actiones, quae olim erant perpetuae, triginta annis continuis exstinguantur. Addiderat porro, non sexus fragilitatem, non absentiam, non militiam defendendam esse contra hanc legem, sed ab ea eximendam esse dumtaxat aetatem pupillarem. Hac vero sanctione teneri pupillos quoque, postquam pervenerint ad annos, qui pertinent ad curatoris sollicitudinem, nempe ad minoritatem, non secus ac teneantur minores, ac proinde istis quoque servanda esse annorum triginta intervalla. Quorsum servanda? Nempe et ipsi subduntur hac lege, ut omnis ipsorum actio tricennio exstinguatur.

Non ergo generatim sancitur, ne quis adversus minores praescribat, nisi spatio triginta annorum; (quando aliae leges iam sanciunt, ut adveniente legitima aetate praescriptio adversus eos consueta lege currat), sed solum ipsis, non secus ac ceteris, interdicitur, ne post tricennium de re litem movere possint.

389. Verius itaque doctrina de bonis pupillorum et minorennium hisce comprehendenda videtur:

3° In pupillari aetate nulla praescriptio adversus pupillum aut incipit aut currit. Nec prodest praescriptio etiam triginta annorum, si hisce comprehendantur anni aetatis pupillaris: quippe illi computari nullo modo possunt.

2° In minorenni aetate non currit adversus minorennem *praescriptio longi temporis* (nempe 10. aut 20. annorum), neque tunc potest incipere: sed haec incipere aut currere tantummodo potest, postquam is legitimam aetatem adeptus fuerit: imo, ut melius dicas, nulla currit temporalis praescriptio, uti patet ex 3ª lege ibidem allegata.

3° Si tamen contra minorennes impleta fuerit praescriptio *longissimi temporis,* ipsis quoque omnis actio exstinguitur adversus praescribentem, licet praescriptio ista, seu triginta annorum decursus inchoatus fuerit a tempore minoris aetatis. Quippe exemptio, ne computentur anni aetatis

minorennis, refertur ad praescriptionem *longi temporis*, non vero ad longissimi 30. annorum praescriptionem.

390. Atque hinc facile intelligi potest, cur alii DD., ubi agunt de praescriptione adversus minorennes, non dicunt, adversus eos non valere praescriptionem, nisi longissimi temporis, sed mere dicunt, *res minorennium longo tempore, (nempe* 10. *aut* 20. *annorum) usucapi et praescribi non posse.* Exacte omnino. Nam longi huius temporis usucapio ac praescriptio ex iure inchoari non potest, nisi post minorem aetatem expletam et tempus minoris aetatis non computatur.

Ita Engel *Colleg. Universi iur. can.* In lib. 2. tit. 26. n. 10., Haunoldus tom 1. tract 5. n. 366., Wagnerek In cap. 3. *de Praescript.* (scil. lib. 2. tit. 26.) Vers. *Possessae sunt* not. 2. aliique.

391. Heic advertere est, singularem esse explicationem Card. Lugo, qui ita interpretatur triginta annos (concessos, ut putat, minoribus), ut decurrere debeant tempore minoritatis et cum nimis difficile sit, reperire triginta annos ante maiorem aetatem (ad quod tamen ipse excogitavit casum, quo res devolvatur a minori ad alium minorem, scil. heredem minoris, per plures successiones), putavit, annos exactos tempore minoritatis computandos proportionaliter ad tricennem praescriptionem, post minoritatem autem modo ordinario. Itaque si quis exegit tres vel sex, vel decem annos ante maiorem aetatem, hic absumpsit vel decimam, vel quintam, vel tertiam partem temporis; quocirca post adtactam maiorem aetatem, decennio vel vicennio detrahenda erit illa pars vel decima (unde reliqui essent 9. aut 18. anni) vel quinta (et reliqui essent 8. aut 16.) vel tertia.....

Dixi singularem, et non admittendam; quia reipsa non sic accipitur aut accepta unquam fuit ista supputandi ratio.

De bonis ecclesiarum ac locorum piorum.

392. Notandum est, quod canonibus antiquioribus pro bonis ac iuribus ecclesiarum statuta invenitur praescriptio *triginta tantum annorum.* Ita can. *Praesulum* 2. §. 1. Caus. 16. q. 3.: « Illud etiam adnecti placuit, ut si, quod absit, facultates ecclesiae, nec non dioeceses ab aliquibus possidentur Episcopis, iure sibi vendicent, quod tricennalis lex conclusit: quia et filiorum nostrorum Principum (loquitur Gelasius Papa) ita emanavit auctoritas ». Ita etiam in can. I. et 4. etc. ibid.

393. Contra vero in antiquioribus sanctionibus iuris civilis pro bonis ecclesiarum immobilibus vigebat praescriptio centenaria.

Ita in Const. *Ut legum* Novel. 9.: « Nos sacrosanctas ecclesias huiusmodi quidem curriculis temporum nullatenus excludi concedimus, maxime in his rebus, in quibus vel laesionem sustinuerint, vel quicquam

debeatur: sed centum tantummodo annorum lapsu temporalem exceptionem eis opponi sancimus ».

Quod idem de pecuniis aliisve rebus destinatis ad redemptionem idem Iustinianus sanxit in l. *Ut inter* 23. C. *de Sacrosanctis Ecclesiis.* — Schm. lib. 2. tit. 26. n. 102. erronee citat l. *fin. C. De ss. Eccl.;* quemadmodum facit et Gudelinus, qui pariter *de Iure Noviss.* lib. 2. cap. 3. not. 18. citat in hanc rem l. *ult.* C. *De Sacr. Eccl.*

394. Verum iure recentiori tum canonico tum civili, ecclesiae res suas amittere possunt solum per praescriptionem quadragenariam scil. 40. annorum.

Ita c. *De quarta, de Praescriptionib.:* « De quarta decimae et oblationis defunctorum Clericus ab impetitione Episcopi, quadragenaria praescriptione temporis se posse tueri videtur... Nam Romana Ecclesia tricennalem praescriptionem contra ecclesiam non admittit ».

Et cap. *Ad aures* eod. tit.: « Ad aures nostras pervenit, duas ecclesias litigasse super decimis, quas una earum in alterius parochia annis quadraginta possedit... Fraternitati tuae tenore praesentium innotescat, quia de iure divino et humano melior est conditio possidentis. Quia quadragenalis praescriptio omnem prorsus actionem excludit ». Ita et cap. *Illud autem* eod. tit. etc.

395. Quoad ius civile autem haec habemus in Novel. 131. cap. 6.: « Pro temporalibus autem praesumptionibus decem, viginti et triginta annorum, sacrosanctis ecclesiis et aliis universis venerabilibus locis solam quadraginta annorum praescriptionem opponi praecipimus: hoc ipso servando et in exactione legatorum et hereditatum, quae ad pias causas relicta sunt ».

Et Authentic. *Quas actiones* post l. 13. C. *De ss. Eccles.:* « Quas actiones alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis praescriptio excludit, hae, si loco religioso competant, quadraginta annis excluduntur.

396. Itaque si laicus rem immobilem (aut pretiosam mobilem) Ecclesiae, uti propriam spatio 40. annorum cum bona fide possederit, eam sibi acquirit. Quod usque adeo obtinet, ut valeat etiamsi agatur de fundo dotali ecclesiae etc. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 102.

397. Ut tamen legitime haec praescriptio inducatur, plura requiruntur ac prae oculis habenda sunt.

Ac I. quadragenaria haec praescriptio procedit tantum, cum praescribens habet titulum. Nam sine titulo requiritur tempus immemoriale; praesertim si ius commune resistat, ut fit, quando praescribuntur decimae in aliena parochia. Huiusmodi ergo parochus, nisi praeter tempus 40. annorum et bonam fidem, afferat pro se titulum aliquem coloratum, decimas illas sibi non acquirit, nisi possessione temporis immemorialis. Schm. l. c. n. 103. Conf. c. *Episcopum de Praescript.* in 6.

398. II. Quadragenaria praescriptio requiritur non solum cum privatus praescribit contra ecclesiam, sed etiam cum ecclesia contra aliam ecclesiam praescribit, ut patet ex c. *Ad aures* h. tit. supr. n. 394.

Neque obstat: quod ex communi regula privilegiatus non utatur privilegio suo adversus alium pariter privilegiatum. Nam negatur, quod ecclesia praescribens privilegiata sit contra ecclesiam, contra quam praescribitur; privilegiata scilicet est ne damnum patiatur, non vero ut lucrum adversos alios acquirat.

399. Dixi *contra ecclesiam:* nam contra privatos non secus ac alii privati, ecclesia praescribere potest decennio vel vicennio, aut sine titulo tricennii spatio. Hinc alio iure ipsa utitur contra laicum et alio contra se. Nec obstat regula communis: *Quod quisque iuris in alium statuit, ut ipse eodem iure utatur;* nam hoc intelligendum est tantummodo, quando non habetur speciale indultum, sicut habent ecclesiae, ut patet ex alleg. iuribus. Nec mirum hoc videri debet, cum hoc etiam in pupillis, minoribus, et aliis privilegiatis contingat.

400. III. Quadragenaria praescriptio procedit tantum in iis rebus, quae sunt Ecclesiae quoad verum et proprie dictum dominium.

Secus vero, si res tantum sit de *quasi-dominio*, pro quo datur actio Publiciana, (v. gr. ius merae possessionis, eo quod titulus et bona fides adsit ante impletam praescriptionem). Vid. Voet lib. 6. tit. 2.

Idem dicito, si res non sit propria ecclesiae, sed clericorum eiusdem; quorum bona, non secus ac laicorum, tempore ordinario praescribuntur.

Quod si res aliqua vel ius ad laicum simul et ad ecclesiam spectet, inspiciatur, num res divisibilis sit necne. Nam si non est divisibilis, privatus, ob communionem cum ecclesia, gaudebit eodem 40. annorum tempore ex l. *Si communem* Dig. *Quemadmodum servitutes amittantur...* etc. Si vero est divisibilis, breviori tempore praescriptio perficietur adversus privatum, quam adversus ecclesiam. Ita v. gr. si ecclesiae simul et privato competat ius in alieno praedio pascendi pecora, agendi currus etc. et eo iure privatus non utatur 10 annis, lapso hoc tempore per viam praescriptionis excludi potest: ecclesia vero non nisi post annos 40. Schm. n. 104.

401. IV. Praeterea ut requiratur quadragenaria ista praescriptio, debet directe et principaliter praeiudicari ecclesiae in bonis et iuribus suis.

Hinc contra usufructuarium fundi, qui ad ecclesiam pertineat quoad proprietatem, praescribi poterit tempore ordinario; quia cum fructus sint usufructuarii, de quibus iste pro lubito potest disponere, contra hos praescribens non praeiudicat dominio directo, quod ecclesia habet in fundum.

Quoad emphyteutam tamen vel vasallum, qui in bonis ecclesiae feudum vel emphyteusim constitutam habent, distinguendum est. Nam

sciente quidem ecclesia ipsa, praescribi poterit adversus illud dominium utile per 30. annos, sicut contra alios privatos: *nesciente vero* ecclesia, praescribi illud non poterit nisi per quadraginta annos.

Ratio est, quia in secundo casu praescribitur contra ius ipsius ecclesiae, quae vi praescriptionis cogitur habere vasallum vel emphyteutam sibi forte minus utilem, quam antiquus fuerit: non item in primo casu; nam eo ipso quod sciens recipiat per 30. annos obsequia et alia iura dominii directi, nulla ei irrogatur iniuria, si dein praescribenti adiudicetur feudum vel emphyteusis et possessio tollatur possessori pristino; nam scienti et consentienti non fit iniuria.

402. Advertendum denique V. est, quod si ad ecclesiam res deveniat, quam privatus possidebat et iam contra eam coepta fuerat praescriptio v. gr. per 5. annos, satis erit deinceps illam possidere per annos 20., ut adversus ecclesiam praescribatur. Ratio est, quia pro tempore praeterito ecclesia utatur oportet iure privati, contra quem legitime per dimidium temporis praescriptum est: tempore vero sequenti utitur Ecclesia iure suo ac privilegio. Cum ergo dimidium temporis requisiti ad praescribendum contra privatum praesentem sint quinque anni, satis erit ad praescribendum contra ecclesiam, quae in re praescribenda privato successit, si addatur dimidium temporis requisiti ad praescribendum contra ecclesiam, scil. 20. anni.

De singulari privilegio Ecclesiae Romanae et aliorum.

403. Res, immobiles saltem, Ecclesiae Romanae ac iura istis adhaerentia non praescribuntur nisi lapso tempore centum annorum.

Id et iure civili sancitum reperimus. Nam auth. *Quas actiones* post. L. 23. C. *de Sacrosanct. Eccl.* habetur: « Sola romana Ecclesia gaudente centum annorum spatio vel privilegio ».

Et in iure Can. cap. *ad Audientiam, de Praescript.* « Respicientes insuper,... ipsum negotium tangere principaliter Ecclesiam Romanam, contra quam non nisi centenaria praescriptio currit, in solutione praedicti census et aliorum petitorum condemnavimus partem adversam etc. ».

Et cap. *Si diligenti* eod. tit.: « Et si etiam locum potuisset habere praescriptio, non credimus, centenariam praescriptionem, quae sola currit adversus Ecclesiam Romanam, posse probari ».

404. Quando vero dicitur, eodem privilegio gaudere iura eiusdem ecclesiae, id accipiendum est *de iuribus particularibus*, v. gr. exigendi pensionem seu censum etc. Namque quod attinet ad universalem iurisdictionem in omnes fideles et plenitudinem potestatis Pontificiae, huic per praescriptionem derogari non potest, sicut neque per privilegium; quippe sunt iura inalienabilia.

405. Addendum est, per privilegium speciale quibusdam Ecclesiis vel Ordinibus concessum fuisse, ut non subiicerentur iure communi de praescriptione quadragenaria.

Ita v. gr. contra Ordinem ac monasteria s. Benedicti ex privilegio Eugenii IV. et contra Congregationem ss. Salvatoris ex privilegio Iulii II. non praescribitur nisi annis 60.

Contra monasteria autem Ordinis Cisterciensis s. Bernardi non praescribitur nisi annis 100.

Ex hoc idem privilegium centenariae praescriptionis a Leone X. et Pio IV. concessum est Ordinibus mendicantibus, ratione scil. subiectionis immediatae, qua Sedi Apostolicae devinciuntur et in protectionem eiusdem specialem recepti sunt. Privilegium centenariae praescriptionis habet et Ecclesia Lateranensis. Ita comm. DD. apud Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 101.

406. Denique speciale quid advertendum est circa ecclesias *Exemptas*, circa quas controversia facta est, an eodem ac Ecclesia Romana, privilegio 100. annorum gaudeant.

Bene de hac re Schmalzgr. l. c. n. 100.: Tenenda est, inquit, media sententia et distinguendum est, an agatur de tollendo ipso iure exemptionis, an de aliis rebus et iuribus ecclesiarum exemptarum. Si hoc posterius vertatur, contra eas praescribi poterit 40. annis. Si prius, necessaria erit praescriptio centenaria. Ratio disparitatis est, quia in altero casu fit praeiudicium solummodo ecclesiae exemptae: in altero autem fit praeiudicium etiam ecclesiae Romanae, cuius interest multos habere exemptos et sibi immediate subiectos. Vid. inter *Clementinas*, *Pastoralis* 2. *De sent. et re iudic.*

De bonis Coronae seu Principis

407. Apprime distinguendum est inter bona, quae ad Principem spectant, tanquam hominem privatum; quia ex suo patrimonio vel aliunde titulo privato illa habet et inter bona, quae ad ipsum pertinent, qua princeps est.

Bona principis, ceu hominis privati, quae etiam *bona dominica seu patrimonialia principis* appellantur, eodem tempore adversus principem praescribuntur, quo praescriberentur adversus alium privatum. Ratio est, quia non constat de privilegio, quod regi competat quoad eiusmodi bona, prouti diximus sup. n. 400. de bonis clericorum.

408. Quoad bona autem principis, qua princeps est, distinguendum est inter bona, quae ad Regni coronam vel principatum spectant et ea, quae dicuntur fiscalia.

Quae ad regni coronam spectant, non minori quam 100. annorum spa-

tio praescribuntur. Quod Iurisconsulti deducunt arguendo a fortiori ex lege Codicis, quae eiusmodi privilegium Civitatibus attribuit: vid. Schmalz. lib. 2. tit. 26. n. 35.

409. Si vero bona sint fiscalia, iterum distinguatur oportet.

Nam si fisco iam incorporata sunt, praescribi possunt solum quadragenaria praescriptione. Ita §. *Res fisci* 9. Instit. *De usucapion. et glossa* ibid. addita.

410. Si nondum vero bona fuerint fisco incorporata, interest scire qualia sint bona et ob quam causam fiscus ea sibi vindicare possit.

Nam si ad fiscum pertineant ob crimen, v. gr. vectigal non solutum, ob crimen laesae maiestatis etc., actio fisci secularis quinquennio extinguitur.

Actio vero fisci ecclesiastici (v. gr. quoad bona ob crimen haeresis, vel mulctas etc.), adversus ecclesiam quamlibet annis quadraginta praescribitur; adversus autem Ecclesiam Romanam annis 100.

411. Si vero huiusmodi bona, nondum fisco incorporata, debeantur alia ex ratione, quia v. gr. morte alicuius sine legitimis heredibus sunt vacantia, videndum, num ea fisco sint denuntiata, nec ne.

Etenim si nondum denuntiata fuerunt, praescribuntur tempore ordinario, ut probatur ex l. *Quamvis* 18. Dig. *De usurp. et usucap.*, ubi dicitur, talia bona usucapi possessione diutina, quae est 10. aut 20. annorum.

412. Si autem denuntiata sunt fisco, post quadriennium continuum actio super illis bonis a fisco non amplius inchoari potest, ut habetur l. *Notum est* 1. Cod. *De quadriennii praescriptione:* « Notum est a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse ».

413. Advertendum autem, monita illa, quae de quadragenaria praescriptione praemisimus nn. 397.-402., habenda prae oculis esse, cum de praescriptionibus hisce specialibus agitur et proportione servata inter 40. annos, ac inter 60. aut 100. annos, valere, quod dictum est. n. 402. de modo supputandi tempora, quando res, quae praescribitur, in plurium successive potestatem venit.

Etenim non interrumpitur praescriptio ex eo, quod res in aliorum veniat potestatem. Hinc filius continuat praescriptionem rei, quam pater praescribere coeperat: ita et emptor pergit praescribere rem, quam praescribebat venditor: idem dic de re donata etc. adeo ut fieri possit, ut rem praescribas paucos post dies ex quo eam acquisivisti, eo quod ab aliis possessoribus cum conditionibus ad praescribendum requisitis iam fuerat per reliquam legitimi temporis partem detenta.

Quod si rem ecclesiae v. gr. Lateranensis (contra quam 100. anni requiruntur) quis possederit per 50. annos (puta partem praedii) et Ecclesia

Lateranensis praedium illud, cuius pars dempta fuit, vendat privato; tunc sufficient ad absolvendam praescriptionem quinque anni; quia sunt dimidium temporis (quod modo requiritur) ordinarii, quando tale dimidium prius exigebat annos 50. Vid. dicta n. 402.

De iuribus, quae nunc vigent

414. Quae huc usque diximus, innituntur iuri romano seu communi, ac iuri quoque canonico, quoad ea praesertim, quae ad res aut loca sacra pertinent.

Porro monuimus, quoad praxim opus esse, ut quisque propriae regionis leges consulat. Non enim dispositiones iuris communis ubique servatae sunt.

Praestat ergo nonnulla tangere, quae propria sunt iuris recentioris.

De bonis ecclesiasticis

415. Et primo occurrit, quod advertit Gury §. 584. not. 1., ius gallicum nullum discrimen statuere inter bona ecclesiastica ac privatorum.

Nil mirum, si cogitemus quo tempore et a quibus codex ille redactus sit. Et sane, quod aliquod speciale obsequium seu reverentia rebus Deo sacris debeatur, ipsum naturalis rationis dictamen adeo suggerit, ut penes omnes populos, utut paganos, id receptum reperiamus.

Adde, quod singularia privilegia pro ecclesiasticis bonis necessaria visa erant hac etiam de causa, quod cum administrentur ab iis, qui eorum non habent dominium, propterea merito comparanda videbantur cum bonis pupillorum ac minorennium, quorum specialem curam suscipiunt leges, licet alioquin non destituantur tutoribus aut curatoribus.

Quocirca in hac omissione non solum se prodit insipientia brutorum, quae oculos ad caelum et creatorem attollere non valent, sed praeterea *odium* contra Dei cultum; dum denegatur speciale illud auxilium, quod bona illa speciali de causa exigunt. Bouvier, *De iure et iustitia,* cap. 2. §. 4. sect. 3. punct. 2. prop. 2. n. 6. pag. 42. tom. 6. bene subdit, praescriptionem bonorum Ecclesiastic. fieri eodem modo, ac aliorum SALTEM IN FORO EXTERNO. Et reipsa leges civiles non possunt iuri ecclesiae derogare, nisi apud paganos.

416. Haec eadem omissio apparet et in codice italico, qui ab illo manavit.

De rebus furtivis

417. Quaestio haud levis momenti intercedit propter nonnullos articulos codicis Gallici, quos dein plus minus transscripserunt seu retinuerunt codices alii.

Articulus 2279. sic habet: Quoad bona mobilia possessio eundem effectum producit, ac titulus (En fait de meubles, la possession vaut titre).

Codex tamen italicus art. 707. cf. notam ad n. 329. id valere vult tantum pro *tertiis* qui et sint in *bona fide*. Sed prior limitatio est maximi momenti quoad fures, de quibus optime meritus est codex gallicus.

Prosequitur citatus articulus gallicus: « Nihilominus ille, qui amisit rem aliquam, aut cui furto sublata haec fuit, repetere (revendicare) eam potest trium annorum spatio, quod computandum est a die amissionis vel furti, ab illo, apud quem rem reperit; servata huic actione contra eum, a quo illam accepit ».

Italicus codex art. 708., subdit: « Ille vero, qui rem amiserit aut cui furto sublata fuerit, potest eam repetere ab illo, penes quem eandem reperit, servata huic actione pro indemnitate adversus illum, a quo rem accepit. » Heic mentio non fit spatii temporis, quo pro re sua recuperanda quis agere possit: sed art. 2146. statuitur », quod actio proprietarii vel possessoris rei mobilis, pro recuperanda re amissa vel furto sublata, secundum articulos 708. et 709. praescribitur biennio.

418. Articulus autem 2280. gallicus sic habet: « Si actualis possessor rei furto ablatae aut amissae, eam emerit in nundinis vel mercatu, aut occasione publicae licitationis seu per publicam auctionem a mercatore, qui tales merces vendat, proprietarius originarius (dominus) non potest eam sibi revendicare, nisi possessori solvat pretium, quo eam acquisivit ».

Italicus codex art. 709. eandem habet dispositionem.

419. Hisce positis quaerit Gury §. 586. « An valeant in conscientia praescriptiones trium annorum pro rebus mobilibus furtivis et inventis ».

Et respondet: « Resp. affirmative probabilius, modo adsint ceterae conditiones ad praescriptionem requisitae. Etenim lex illa est omnino iusta et bonum commune respicit ». *Ita communius...* ».

In quibus adverte, plane inopportune coniungi duas quaestiones, quas omnes sine exceptione Doctores separandas putarunt, utpote prorsus a se invicem dissitas, nempe de rebus *furtivis* et de *rebus amissis*.

420. Quod spectat ad legem postremam art. 2280. C. G. Bouvier a Gury allegatus, rationem snbiicit (*De Iur. et iniuria,* part. 2. q. 2. art. 1. §. 1. q. 4. pag. 61.): « Si emptor rem in foro publico vel ab homine res huiusmodi vendente emerit, eam domino reddere non tenetur, nisi pretio eius sibi soluto... Dici autem non potest, hanc legem esse iniustam; favet quippe commercio, bono publico, paci et tranquillitati possessionum utilissima est ».

421. Ut ergo quae in his certa sunt, videamus, duplex est instituenda quaestio, quam sponte excitant praedictae leges. Prior est, an mens legislatoris sit, ut ait Scavini sup. n. 423., quod obtineant in conscientia:

altera, an *iustae sint,* ut dicunt Gury n. 422., et Bouvier n. 424., qua parte dubium videri possit,

422. Et quod attinet ad primam quaestionem negandum prorsus est priorem legem quoad res furtivas ex mente legislatoris (si tamen unquam legislatores huiusmodi rationem conscientiae habuerunt) in conscientia posse obtinere.

Et sane repugnat, in conscientia obtinere posse legem ex mente legislatoris, quando hic 1° nullam bonam fidem exigit: 2° nullum exigit possessionis titulum, nisi ipsam possessionem: ac 3° mere exigit, ut res furtiva non reperta a domino fuerit ante triennium. Nam tria haec locum habent et efficiunt, ut furtiva res vi legis adiudicanda sit ipsismet furibus ac latronibus.

423. Neque reponant isti DD., se addere conditionem: dummodo adsint aliae conditiones ad praescribendum requisitae ».

Nam nos disputamus de lege in se spectata, vi cuius dominium transferri atque adeo vi cuius obtinere in conscientia praescriptio deberet. Atqui lex istas conditiones non admittit. Ergo non potest ille effectus a lege repeti, quae conditiones ad eum effectum necessarias non recipit nec agnoscit. Et cum hypothesis horum DD. non sit hypothesis facta a lege, gratis adstruimus, quid lex de ea statuerit; quia reipsa nihil statuit, et si nihil statuit, gratis dicemus, legem transferre dominia.

424. Et confirmo id argumento ad hominem. Etenim Gury (§ 584. n. II. et 588. n. 2.) negat praescriptiones, quarum vi quispiam eximitur a debito solvendo vel medicis, vel advocatis, vel famulis etc., valere in conscientia et tamen id contingere potuit sane cum bona fide debitoris, qui, utcumque contingat, putaverit vel se iam solvisse vel alia ex causa se non debere. Si ergo in hoc casu non sufficit, quod accedat conditio bonae fidei, ut dicatur lex voluisse ita dominium transferre, ut valeat illa praescriptio pro foro conscientiae: idem fateantur oportet et in altero casu.

425. Quoad aliam vero legem (sup. n. 417.), quae statuit, rem furtivam a domino recuperari non posse, nisi tanti eam redimat, quanti emerit quispiam, si in nundinis vel a mercatore etc. hic eam emerit: dicendum, haec non spectare ad praescriptionem. Etenim id servandum statuitur quovis tempore etiam intra triennium, adeo ut etiam biduo post furtum evenire id queat, si fur in nundinis alterius pagi postridie furti rem vendidit, v. gr. vitulum vel equum. Nam iuxta hanc legem vitulum vel equum suum recuperare dominus non poterit, nisi solvat pretium, quo eum emit praesens eius possessor.

426. Potiusquam ergo de praescriptione, quaerendum foret, an iusta videri queat lex, quae supponit, a fure transferri dominium posse rei furtivae in ementem in nundinis, vel in mercatorem, vel in donatarium etc.

Et ius quidem commune negavit semper dominium transferri: ideoque domino, cui res ablata fuerat, ius et actionem in rem ipsam servavit, quo posset sibi eam vindicare, quisquis tandem modo, sive fur ipse, sive alius, illam detineret.

427. Et non placet, quod sive compilatores gallici codicis sive alii nescio qui, huic legi subiecerunt nonnulla allegata ex iure romano communi; quasi vero haec lex de rebus furtivis fundamentum habeat in iure communi. Allegationes sunt:

L. 10. et l. 15. §. 2. Dig. *De usurp. et usucapionibus.*

L. 2. §. 15. l. 7. §. 4., et l. 14. Dig. *Pro emptore.*

L. 5. Dig. *Pro derelicto.*

Nam (ut postremam omittamus, quae ad res inventas refertur) reliquae nihil habent, nisi usucapi posse rem alienam, quae v. gr. vendatur a non domino vel ab interdicto circa alienandum. Atqui peregrinus sit oportet in iure romano, qui rem *alienam* confundat cum *re furtiva.*

428. Imo in ipsa l. 10. Dig. *De usurp. et usucap.* contrarium potius statuitur. Inquit enim: « Si res aliena bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis. Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectandum..... §. 2. Scaevola libro undecimo quaestionum scribit, Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit, vel *apud furis heredem* pariatque *apud furis heredem,* usucapi ab herede distractum iuvencum non posse: sic (inquit) quemadmodum nec ancillae partus. Scaevola autem scribit, se putare, usucapere posse et partum; nec enim esse partum rei furtivae partem. Ceterum si esset pars, *nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat* ».

Inepte igitur pro lege illa gallica citatur ista lex, quae negat emptorem etiam bonae fidei usucapere posse rem furtivam, quam apprime distinguit ab aliena, de qua initio legis.

Exinde, exclusis scil. rebus furtivis, merito dicere potuit Iustinianus (sup. n. 279.) res mobiles raro usucapi.

429. Quaeritur igitur: Estne ita iusta lex ista gallica, ut servari in conscientia possit? Gury (sup. 419.) appellabat *omnino iustam* et Bouvier (sup. n. 420.) rationem addebat, quia favet commercio et paci ac tranquillitati possessionum.

Et nos quidem non negabimus duo haec commoda et simul addemus, maius adhuc fore commodum commercio et tranquillitati possessionum, si res furtivae etiam extra nundinas emptae, imo a furibus palam venditae, maneant deinde possessori nec a domino possint vindicari. Quid inde? Num lex iusta esset?

Ergo non a mero quodam commodo, sed tum a iuris naturae princi-

piis, tum etiam ex comparatione commodorum et incommodorum iudicium ferendum erit.

430. Porro nemo inficiatur aut inficiari poterit, rei furtivae dominium ac proprietatem manere domino et nullatenus per furtum in furem transferri. Atqui si rei dominium in furem non transfertur, neque fur tale dominium poterit transferre in emptorem eiusdem rei. Et si in emptorem non transfertur dominium, ne iste quidem distrahens sive per donationem sive per venditionem transferet eiusdem dominium.

Ius ergo romanum et commune, dum rei proprietatem domino servat, profecto strictum ius naturae sequitur. Idque admittit etiam ius gallicum, quando ante triennium ius facit domino rem sibi revendicandi (dummodo a possessore non fuerit empta in nundinis); quorsum enim hoc ius facit domino, utut res per plurium manus transiverit, nisi quia iure naturae dominium rei penes ipsum residet?

Ergo fatendum est, legem, quae statuit, non posse dominum rem sibi revendicare, quando in nundinis fuerit acquisita, per se violare ius domini, qui cogitur emere rem suam atque adeo iuri naturali repugnare.

431. Oporteret ergo, ut quod pro defendenda lege praescriptionis dicitur iuxta ius naturale, civile, commune et canonicum, idem quoque in casu nostro dici posset, tam gravem nempe esse rationem pro domino spoliando, ut hanc domini spoliationem necessariam efficiat.

Atqui quod adsit ista urgens necessitatis ratio, valde dubitare licet; cum per tot secula nemo eam perviderit; imo viderit necessarium, ut in eo casu lex naturae servetur. Si autem quis obiiciat diversos mores et studium auctum commercii, videat, an non potius, propter simul propagatam et auctam habendi cupidinem, necesse sit, ut efficacius per leges iura proprietatis respublica tueatur.

Neque generatim deterreri solemus a rebus, quae in nundinis aut penes mercatores prostant, emendis, aut de rerum sic emptarum pacifica possessione trepidamus. Quod ergo res furtivae sint, frequens haud est: at pro re infrequenti, non opus erat tali lege.

432. Minus valere illud commodum patet, si comparatur cum gravibus incommodis ex eadem lege profluentibus. Et sane 1° gravissimum incommodum est, quod maleficio aliorum dominus rebus suis spolietur et fraudetur.

2° gravissimum incommodum societati inducit lex, quae amplissimum favorem furibus invehit; quippe tam facilis via ipsis aperitur, furti fructibus fruendi, dum societate inita cum mercatoribus aut nundinarum venditoribus, tutissimum furibus ac furtorum receptoribus praesidium paratur.

Cetera persequi per se quisque poterit; obvia enim sunt. Et concludamus iustitiam huius legis valde dubiam esse (a).

433. Aliam quaestionem movet Gury §. 587., an cetera mobilia, scil. praeter res furtivas et deperditas, praescribi possint in conscientia solo titulo possessionis iuxta ius gallicum.

Cui quaestioni ut clare, quoad eius fieri potest, respondeatur, a certioribus incipiamus.

Et sane articulus 2262. codicis illius habet id, quod et ius commune habet, triginta annis praescribi actiones omnes tam reales quam personales et ad hoc sufficere titulum praesumptum.

Ergo saltem hoc poterat disserte statui tum ex iure communi tum ex iure gallico etiam quoad res mobiles et si adsit bona fides, certe valebit etiam in conscientia, etiamsi non adsit titulus specialis.

434. Si vero quaestio fiat non de praescriptione longissimi temporis, sed de ordinaria; ne confusio inducatur, debet duplex quaestio distingui, nempe 1° de titulo praedicto, 2° de tempore.

Et quoad tempus, utique verissimum est, lacunam in codice gallico haberi; nam circa res mobiles sollicite prospexit furibus et inventoribus rerum deperditarum, quos elapso triennio nulla molestia vexari voluit. At de aliis rebus mobilibus praescribendis nihil habet omnino.

Dixi, *haberi lacunam;* nam nimis absurdum foret confundere rem v. gr. venditam ab eo, qui se putabat heredem, cum heres non esset, cum re furtiva aut etiam cum re deperdita. Et discrimen incurrit in oculos, cum neque fur neque inventor possint statim incipere rem possidere tanquam suam; at e contra rem tanquam suam statim incipit possidere ille, qui eam a putato herede acquirit emendo.

435. Porro cum nihil ius gallicum habeat et aliunde durum et absurdum videatur, ut advertit Gury, aut non admittere pro hisce mobilibus nisi praescriptionem longissimi temporis, aut ipsis (et quidem gratis) applicare regulam de immobilibus, quae insuper requirit id, quod ius idem in mobilibus non admittit, videlicet bonam fidem et titulum iustum; ipse Gury non abnuit demum descendere in illorum sententiam, qui mobilia triennio usucapi posse concedunt. Quod quidem etsi gratis adstrui videa-

---

(a) Ceterum hanc legem habent Codices Gallicus, Italicus, Austriacus (v. Dion-Delama tr. *De Iustitia et Iure,* n. 19.), eandem utilem viri docti eorumdem locorum censent; nam praeter doctores Gallos, consuli potest Scavini tr. 6. diss. 3. q. 4. et cit. Delama l. c. n. 25. neque negari potest esse in repnblica vel principe potestatem id statuendi. Cum fur surreptam pecuniam suae commiscet, etiam ex iure romano fit eius dominus, manente apud eum obligatione reparationis damni, cf. *De furto,* n. 225.: heic minus quid contingit. Emptor bona fide rei furtivae in publica auctione etc. dominium rei acquirit disponente lege et manente apud furem obligatione restitutionis. E

tur, quatenus deesse videtur ius, quod dominium transferat; tamen admitti posse videtur argumento ducto a lege de rebus furtivis et inventis. Nam si eo spatio rem furtivam (saltem pro externo foro) praescribi triennio voluit, idemque sanxit quoad rem inventam, rationabiliter suppletur omissioni quoad res alias eandem hanc regulam adhibendo.

436. At si id concedi aliqua ratione potest quoad temporis mensuram, absurde cum Gury id concederes quoad carentiam tituli; nam et idem Gury vult conciliare triennalem praescriptionem cum lege, quae statuit, *possessionem* tenere locum *tituli*.

Etenim esto id servari possit in foro externo, quod nova quadam et mira sapientia quoad mobilia nullam quaestionem admittit circa originem et causam possessionis et nihil distinguens inter dominum et furem, solum inquirit, quisnam rem penes se et in sua potestate detinet nec ullam bonae fidei rationem habet.

437. At quod possessio sic intellecta valere possit in foro conscientiae, hypothesis est quam quae absurdissima. Nam in foro conscientiae repugnat praescriptio sine bona fide. Bona fides autem est iudicium, quo credimus nostrum esse id, quod volumus habere ut nostrum. Atqui repugnat, ut putemus aliquid esse nostrum, si nulla causa sit, cur id credamus, nempe si nullus sit titulus. Ergo sine titulo impossibile est inchoare possessionem bonae fidei, scil. impossibilis est vel illa ipsa possessio, quam dicunt tenere locum tituli, quia sine titulo ne possum quidem incipere rem habere tanquam meam, seu pro mea possidere.

Ergo acquisitio dominii, ab hisce scriptoribus per talem praescriptionem invecta, est omnino absurda.

De Praescriptione immemoriali.

438. Praescriptio immemorialis, ut innuimus sup. n. 373., nullum definitum annorum numerum exigit; sed sufficit, si initii illius non exstet memoria: quod probari debet per testes, qui nempe testificentur, quod semper ita viderint et audierint sic fuisse et nunquam contrarium: item quod communis sit et fuerit opinio et fama de hoc facto et quod nec initii nec contrarii exstet memoria. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 127.

439. Porro praescriptio immemorialis nonnullas habet praerogativas sibi proprias, quae in hisce praesertim consistunt.

I. Haec facit, ut quod alias in praescriptibile est, praescribi possit, modo praescribens sit capax illud possidendi. Sic ea, quae iure gentium omnibus communia sunt, quaeque propterea regulariter praescribi nequeunt, spatio temporis immemorialis acquiruntur et praescribuntur. Schm. ibid.

II. Haec praescriptio non censetur comprehensa statuto aut lege quamvis terminis generalibus prohibente praescriptionem fieri; quippe spe-

cialem favorem continet, adeo ut opus sit speciali derogatione, quae tamen fieri non solet, si capacitas sit in praescribente et res sit praescriptibilis. Schm. l. c. ex Laym. lib. 1. tr. 1. cap. 8. n. 15.

III. Praescriptio immemorialis in subiecto, quod capax sit possessionis, habet vim privilegii a principe concessi. Proinde quod acquisibile est per privilegium, etiam per hanc praescriptionem acquisibile dicitur.

IV. Denique qui allegat immemorialem praescriptionem, non tenetur allegare titulum. Si tamen allegatur, nihil plerumque obest, quod probari non possit; nam ex adiuncta possessione diuturna praesumptionem et corroborationem accipit. Schm. l. c. ex Laym. l. c.

440. Addenda nunc forent quae pertinent ad tempus praescriptionis mere liberativae: qua de re nonnulla exempli causa memoravimus sup. n. 370. Sed de his melius, ubi de servitutibus.

De impedimentis praescriptionis

441. Effectus communis et generalis praescriptionum est, ut vel ius alienum perimant vel dominium in praescribentem transferant eumque ab onere restituendi liberent etiam in foro conscientiae: esto, postea cognoscat seu resciat obligationem, qua prius tenebatur vel rem fuisse alterius.

Porro hos effectus ne sortiatur praescriptio, genus triplex impedimenti efficit. Nam 1° quaedam impediunt, quominus praescriptio incipiat seu currat: 2° alia faciunt, ut praescriptio, quae coepta est, dormiat vel omnino interrumpatur: 3° quaedam denique efficiunt, ut praescriptio etiam impleta rescindatur.

De impedimentis inchoandi praescriptionem

442. Praescriptio dicitnr non procedere, seu non currere, quando aut non incipit aut non potest incipere ob defectum alicuius conditionis.

De quibus conditionibus nihil addendum est; sunt enim conditiones, quas generatim diximus requiri ad praescribendum, nimirum 1° ut res sit apta praescribi ac lex praescriptionem non vetet, prout fieri diximus in bonis dotalibus, aut minorennium etc.: 2° ut adsit bona fides: 3° ut adsit titulus, prouti et in casibus, in quibus diximus requiri: 4° ut adsit ea possessio saltem civilis, quam necessariam diximus.

Veruntamen in synopsi n. XXIII. impedimentum a lege oppositum, ne possit contra quasdam personas praescribi (cf. 275.), accensuimus impedimento, vi cuius *dormire* dicitur praescriptio, v. gr. quoad bona uxoris, vel filiifamilias etc.

De impedimentis, propter quae praescriptio aut dormit aut interrumpitur.

XXIII. Praescriptio aliquando dormire dicitur, aliquando interrumpi. Dicitur dormire, quando spatium aliquod temporis ita decurrit, ut, licet rem possideas, computari illud tamen ad tempus legitimum implendum non possit. Id autem generatim fit, quoties ille, contra quem praescribitur, ex causis quibusdam in iure ipso memoratis rem suam agere non valet. Dormit itaque praescriptio 1° tempore pestis vel belli: 2° adversus bona pupilli aut minorennis: 3° contra bona filiorum adventitia et bona dotalia tempore matrimonii: 4° contra eum, qui vel est absens reipublicae causa, vel in obsequio principis, vel captivus apud hostes degit: 5° adversus Ecclesiam, quae aut praelato careat, aut incertum habeat ratione schismatis, aut certum habeat, sed aut dissipantem bona Ecclesiae, aut excommunicatione, seu suspensione, seu captivitate, seu alia quavis causa ab agendo impeditum.

443. Diligenter notandum est discrimen, quando *dormit* praescriptio, et quando *interrumpitur*.

Etenim tunc dicitur dormire praescriptio, quando legitime inchoata suspenditur ob impedimentum superveniens et quiescit; ita tamen, ut remoto impedimento denuo procedat et tempus subsequens possit continuari cum praecedente, deducto solum tempore intermedio inutili, quo dormivit. Exemplis res patet.

Interrumpi vero tunc dicitur praescriptio, quando iam inchoata ita cessat, ut si remoto impedimento iterum reviviscat, non continuetur tempus subsequens cum tempore priori, sed de novo debeat inchoari et percurrere totum tempus ad praescribendum requisitum, cum totum tempus praecedens per interruptionem sit exstinctum.

De utroque modo seorsim agendum.

Quando dormiat praescriptio

444. Monuimus, nos in synopsi generalius indicasse casus, in quibus res possidetur et tamen tempus illud non computatur ad legitimum praescriptionis tempus implendum et ita complexi sumus tum casus, in quibus praescriptio antea legitime decurrerat et dein suspenditur, tum casus in quibus nullum eiusmodi tempus utile praecesserat, sed solum habetur tempus inutile, quia nempe possessio eo tempore incipit decurrere, quo non computatur.

445. Ii, quibus praescriptio dormit, generali censu comprehenduntur illorum, quibus potestas non est agendi rem suam, seu negotia sua curandi.

In quibus verbis continetur etiam ratio, cur contra illos per id temporis praescriptio legibus interdicatur. Nam cum praescriptio rerum suarum atque earum adeo amissio vitari possit per actionem, quam dominus moveat; iniquum est, ut dum hanc actionem movere non poterat, rebus suis

privetur. Vid. l. *Super annali* §. fin. C. *de Annali exceptione*, ubi dicitur: « Apertissima definitione sancimus, filiisfamilias in omnibus his casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas (h. e. bona non profectitia), nullam temporalem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint... Quis incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere, lege obviante, valebant? » Huc revoca limitationem inferius n. 460. adnotatam.

446. Itaque dormire dicitur praescriptio tempore hostilitatis et belli saevientis. Ut enim dicitur can. *Prima* caus. 16. q. 3. « Non erit obiicienda praescriptio temporis, ubi necessitas interest hostilitatis ».

Et c. *Ex transmissa*, *de Praescriptionib.* « Mandamus, quatenus decimas et oblationes cum aliis obventionibus memoratae matrici ecclesiae (praescriptione hostilitatis tempore non currente) restitui faciatis ».

Ratio est, quia tunc ob hostium incursus ius non dicitur, cum homines alio diffugiant. Et monet Reiffenst. lib. 2. tit. 26. n. 194., hoc valere sive una die duret hostilitas, sive pluribus annis et non solum bello durante, sed etiam post; quia contra populum hostilitate destructum et turbatum non currit praescriptio etc.

447. Idipsum dicendum ob eandem rationem est tempore grassantis pestilentiae, *si tunc ius non dicatur*. Nam si ius dicitur, curret et praescriptio.

Et id quidem nullo iure expresso cavetur: sed quia, inquit Schmalzgr. lib. 2. tit. 26. n. 131., non omnes casus legibus comprehendi possunt, ideo cum unus pro facti ratione ac specie decisus fuit, ea decisio ad alios similes casus ob rationis identitatem extendi debet.

Quae regula habetur in l. *Non possunt* Dig. *de Legibus*: « Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut Senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet ».

Quoad bona pupilli et minorennis

448. Revocandum est in memoriam discrimen, quod n. 389. intercedere diximus inter pupillum ac minorennem, videlicet adversus pupilli bona nullam praescriptionem currere, sive ea brevis temporis sit sive longi sive etiam longissimi: quoad bona vero minorennis nullam quidem currere praescriptionem, quam iura appellant *temporalem* et quam solemus vocare temporis ordinarii, scil. aut brevis, aut longi temporis; currere tamen praescriptionem temporis longissimi, nempe triginta annorum: quae regula valet etiam pro pupillis statim ac pubertatem attingunt nempe cum pupillari aetate expleta iam minorennes fiunt.

449. Itaque si agatur de inchoanda praescriptione (qui casus reipsa

non pertinet ad dormitionem stricte sumptam, ut monuimus sup. n. 443.), statuendum est, adversus pupilli bona nullam inchoari posse praescriptionem neque brevis, neque longi, neque longissimi temporis. Quoad minorennem vero inchoari quidem non potest praescriptio ordinaria temporis brevis aut longi: inchoari tamen potest praescriptio extraordinaria temporis longissimi.

450. Si vero sermo sit de dormitione presse et proprie sumpta, quando scilicet inchoata legitime praescriptio sit adversus bona, quo tempore pertinebant ad antecessorem (puta patrem) et antequam in proprietatem transirent pupilli vel minorennis: tunc per totum tempus aetatis pupillaris praescriptio illa dormit et quiescit: quocirca anni huiusmodi computari ad nullam praescriptionis sive ordinariae sive extraordinariae speciem possunt.

Simul ac autem attigerint pubertatem, cum pupilli esse desinant et minorennes fiant, perinde eadem lege tenentur ac minorennes.

451. Porro pro minorennibus licet nulla *temporalis* seu ordinaria praescriptio currat, currit tamen praescriptio tricennalis idque valebit tum pro immobilium tum pro mobilium praescriptione. Ergo si triginta anni impleantur, etiam nondum expleta minoritate, praescriptio suum effectum habebit et solum supererit remedium restitutionis in integrum, ut paulo post dicemus.

452. Veruntamen fieri poterit, ut contra minorennem impleri praescriptio possit etiam ante triginta annos.

Etenim si praescriptio ordinaria seu temporalis inchoata fuerit contra antecessorem maiorennem, cui defuncto succedat minorennis; nihil vetat quominus post minoritatem expletam inchoata illa praescriptio dein cursu ordinario continuetur. Namque, ut alias diximus sup. nn. 387 et 389., minorennibus hoc solum tributum est, ut *temporales* praescriptiones non currant contra eos tempore minoritatis, sed solum minoritate expleta. Post maioritatem ergo iam tactam sicuti inchoari potest *temporalis* praescriptio, ita et continuari inchoata sub antecessore poterit.

Quocirca duplici modo expleri praescriptio in hoc casu potest, nempe vel 1° impleto *legitimo et ordinario* (brevi vel longo) tempore partim ex annis elapsis sub antecessore, partim ex elapsis sub successore post tactam maioritatem, quo in casu anni intermedii elapsi per minorennem aetatem non computantur et quodammodo dormivisse praescriptio censetur; vel 2° impleto longissimi temporis, nempe 30. annorum spatio, quo in casu computantur non modo anni elapsi sub antecessore, sed etiam anni elapsi per aetatem minorennem et dein elapsi post tactam maioritatem et tunc nullo modo dormivisse praescriptio dicetur.

453. Quae de minorenni dicta sunt, valent fere etiam quod filiosfa-

milias respectu *bonorum adventitiorum:* cum hoc tamen discrimine, quod filiusfamilias quoad bona adventitia est in conditione minoris, scilicet agere nequit, etiamsi maior factus sit.

Sane 1° ex lege 1. C. *de Annali exceptione* (vid. n. 445.) patet bona haec filiorum familias (quorum pater administrationem habet et usumfructum) non subiici ulli *temporali exceptioni.* Unde si pater ea distrahat (quod irrite fit), emptor non potest praescribere.

2° Temporales praescriptiones adversus haec bona currere solummodo, postquam manu paterna vel eius, in cuius potestate erant constituti, fuerint liberati (nisi tamen etiam tunc alio detineantur impedimento, nempe imperfectae aetatis, ut patebit ex l. mox afferenda).

3° Adversus ipsos tamen currere tricennalem exceptionem, ut patet ex Authentic. *Nisi tricennale* C. *De bonis maternis:* «Nisi tricennale tempus transeat, quo possessor dominus fit et detentatio accipientes dominos faciat vel constituat, tempore incipiente filiis currere, ex quo suae potestatis esse apparuerint; nisi tamen aliquem impuberem aetas adiuvet».

454. Quae verba non satis assecutus esse videtur Lessius lib. 2. cap. 6. n. 49., dum ea sic intelligit, quasi tricennalis praescriptio pro hisce bonis filiorum familias ea sit, quae incipiat, quando liberantur a manu paterna. Etenim huic sensui aperte obstant verba leg. *Super annali* 1. §. fin. sup. n. 392, in qua dicitur: «Apertissima definitione sancimus, filiisfamilias in omnibus casibus, in quibus habent res minime patribus suis acquisitas, nullam TEMPORALEM exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint, idest postquam manu paterna vel eius, in cuius potestate erant constituti, fuerint liberati». Reiffenst. lib. 2. tit. 26. n. 199. In quibus exceptio temporalis spectare dicitur ad eos, ubi sui iuris fiunt.

455. Quod vero ait Schmalzgrueber lib. 2. tit. 26. n. 129., praescriptionem talium bonorum, si antea inceperit, quam ad filiosfamilias pervenirent, continuari contra eosdem iam inceptam posse; hoc intelligendum est de tricennali. Quocirca falsum est et minus forte sibi cohaerens id, quod idem subdit n. 133., in hoc differre bona adventitia filiorum et bona minorum, quod praescriptio pro illis dormiat, non vero pro hisce. Etenim eodem modo dormit, quia nulla *temporalis* praescriptio aut inchoari aut currere pro utrisque potest et quia extraordinaria tricennalis currit aequo modo pro utrisque.

Quoad bona dotalia.

456. Non quod dormitio presso sensu locum heic habeat, memorantur heic bona dotalia, sed lato sensu: quatenus usucapio incipere tunc non potest.

Doctrina de fundo dotali paucis hisce absolvitur. 1° Si maritus, vel

alius, qui ex mariti voluntate vel pro marito dotem suscepit, contra legis prohibitionem fundum dotalem alienaverit aut obligaverit; quicquid gestum est, ipso iure est irritum neque transit dominium, neque hypothecae ius nascitur. Proinde potest mulier vel eius heres, praedium alienatum a quocumque possessore vindicare. Ita l. *In rebus* C. *De iure dotium:* « In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam iubemus et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vendicare; cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio ».

Idque valet sive totum praedium alienatum fuerit, sive pars tantummodo. l. *Dotale* §. 1. Dig. *De fundo dotali.*

457. 2° Non refert, utrum post alienationem iam elapsum sit tempus usucapioni implendae praefinitum, necne. Et hoc est, quod ad dormitionem, de qua agimus, referri aliquomodo potest.

Id habetur l. *In rebus* C. *De Iure dotium:* « Omnis autem temporalis exceptio sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, sive per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocumque tempore maiore vel minore sit introducta: ea mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones moveri ».

458. Hoc tamen intelligendum, dummodo praescriptio eiusmodi stante matrimonio coepta et impleta fuerit.

Etenim si longi temporis praescriptio iam inchoata fuisset ante nuptias et ante constitutam dotem, leges non impediunt, quominus deinceps constante matrimonio impleatur. Quo tamen in casu rem sui periculi facit maritus, si, cum posset, eandem petere neglexerit. Quod si paucissimi tantum dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerint, cum primitus in dotem fundus dabatur, nihil marito imputabitur, atque adeo mulieri ipsi damnum dominii amissi nocebit.

Ita l. 16. Dig. *de Fundo dotali:* « Si fundum, quem Titius possidebat, bona fide longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset; rem periculi sui fecit: nam licet lex Iulia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi acquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit, quod imputabitur marito ».

Quod si longi temporis possessio impleatur non amplius constante matrimonio, imputare sibi deberet mulier, si non vindicasset; administratio enim in eam reciderat.

459. Quoad eos, qui absunt reipublicae causa, seu in obsequium principis (quo revocatur, si reipublicae deserviens penes hostes captus mansit) exstat lex *Supervacuam* fin. §. 1. C. *de Temporibus in integr. restitutionis etc.*: «Quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restaurationibus: ita et in maiorum, tempus quo reipublicae causa abfuerunt vel aliis legitimis causis..... fuerint occupati, omne tempus excipiatur». Et habetur integer titulus (C. lib. 7. tit. 51) *de Restitutione militum et eorum, qui reipublicae causa absunt.*

Afferri etiam solet l. *Senatus consulto* Dig. *de Officio praesidis*: « Senatusconsulto cavetur, ut de his, quae provincias regentes, comites aut libertini eorum, antequam in provinciam venerint, contraxerunt, parcissime ius dicatur, ita *ut actiones*, quae ob eam causam institutae non essent, postea quam quis eorum ea provincia excesserit, *restituantur*. Si quid autem invito accidit, veluti si iniuriam aut furtum passus est, hactenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur, resque ablata exhibeatur etc. ».

460. Ceterum circa regulam « *Non valenti agere non currit praescriptio* » monet Reiffenstuel in lib. 2. tit. 26. n. 201., DD. eam sic intelligendam, « quando quis impeditur agere ob impedimentum iuris, vel saltem ob impedimentum facti alicuius communis, sive generalis ac notorii omnibus, prout fit in casibus allegatis. Secus vero, quando intervenit impedimentum facti non generale nec notorium, prout accidit, si quis in exilio detineatur, aut infirmitate impediatur et huiusmodi; tunc enim currit praescriptio. Tamen solet quandoque taliter impedito dari restitutio in integrum ex clausula generali etc.».

461. Denique quoad ecclesiam, quae Praelato careat, clare edicitur in cap. *de Quarta, de Praescritionib.*: « Clericus ab impetitione Episcopi quadragenaria praescriptione temporis se posse tueri videtur: nisi forte interim pastoralis sedes caruisset pastore, qui iura ecclesiae suae exigere debuisset ».

Idque intelligendum est procedere, etiamsi non desint alii Praelati superiores et mediati; sufficit enim, quod ecclesia proprium et immediatum pastorem non habeat; qualis est Episcopus respectu ecclesiae cathedralis, Abbas respectu abbatialis etc.; nam hisce incumbit specialiter agere pro rebus et iuribus suae ecclesiae.

462. Procedit etiam quando ecclesia proprium pastorem habet, sed talem, cuius facto ecclesia laesa est, quod res eiusdem ac bona alienaverit ac dissipaverit. Nam toto tempore, quo ipse vivit seu regit ecclesiam, praescriptio adversus hanc suspenditur; cum male acta non credatur restituturus. Vid. can. *Si sacerdotes* 10. caus. 16. q. 3.

463. Denique idem dicendum, si Praelatus sit lapsus in haeresim aut

sit excommunicatus vel suspensus vel captus ab hostibus. Ratio, quia tunc ecclesia censetur quasi vacare, ut loquitur glossa, atque carere legitimo defensore; cum talis praelatus nequeat agere et iura ecclesiae suae tueri. Reiff. lib. 2. tit. 26. n. 196.

464. Minus autem placere potest, quod Schmalzgrueber lib. 2. tit. 26. n. 132. excipit « nisi culpabiliter differat petere absolutionem; quia, inquit, impeditus censeri non debet, qui tollere impedimentum potest et alioquin commodum ex propria excommunicatione referret. At enim heic non agitur de commodo Praelati, *sed de damno Ecclesiae.*

De Praescriptionis interruptione.

XXIV. Dicitur praescriptio interrumpi, quando ita decurrere cessat, ut possessionis tempus iam elapsum computari non possit, sed, si legitime fieri id possit, inchoanda rursus sit. Inter alios casus enumerandi hi veniunt. 1° Si accedat mala fides (ex cap. *Quoniam* 20. *de Praescriptionibus*): 2° Si ab usucapiente amittatur possessio l. 5. Dig. *de Usucapionibus*: 3° Si titulus conditionatus erat, conditio vero purificata non fuerit l. 19. eod. tit.: 4° Si iuridica contestatio litis circa possessionem intercesserit, nec reiecta a iudice fuerit.

465. Interrumpi tunc dicitur praescriptio, quando inchoata ita cessat, ut si cessante impedimento iterum reviviscat, non continuetur cum tempore priori, sed rursus debeat inchoari et percurrere totum tempus requisitum ad praescribendum; cum totum tempus praecedens per interruptionem sit exstinctum.

Hinc in cap. *Illud* 8. *de Praescriptionibus:* « Si probata fuerit interruptio, praescriptio non tenebit ».

466. Interruptio, ut aiunt DD. (vid. Schmalzgr. l. c. n. 134.) dupliciter fieri potest, *naturaliter* et *civiliter*.

Naturaliter interrumpitur, si post eam rite inchoatam deficiat aliqua ex conditionibus requisitis ad praescribendum v. gr. si superveniat mala fides, si titulus resolvatur, si possessio amittatur.

Et quoad malam fidem ita in cit. cap. *Quoniam* 20. *de Praescritionibus:* « Oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae ».

Quoad possessionem vero in l. *Naturaliter* 5. Dig. *de Usurp. et usucap.:* « Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur vel alicui res eripitur: quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Nec eo casu quicquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit necne etc. ».

Denique quoad resolutionem tituli, quia conditio non impletur, sic in l. *Si hominem* Dig. *de Usurp. et usucap.:* « Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio exstitisset, inemptus fieret et is tibi traditus est et postea conditio emptionem resolvit, tempus, quo apud emptorem fuit, accedere venditori

debere existimo, quoniam eo genere retro facta venditio esset redhibitioni similis, in qua non dubito, tempus eius, qui redhibuerit, venditori accessurum, quanquam ea venditio proprie dici non potest ».

467. *Civiliter* autem interrumpitur, quando ius possidendi per aliquem actum iuridicum in dubium revocatur: quod fit 1° per citationem, 2° per litis contestationem et 3° maxime per sententiam.

468. Ingens autem discrimen est inter duos istos interruptionis modos *idque ex duplici capite.*

Primum discrimen est, quod si praescriptio interrupta sit *naturaliter,* cessante impedimento, v. gr. mala fide aut amissione possessionis, praescriptio statim reviviscit non secus ac si nulla interruptio contigisset atque adeo tempore ordinario, a cessatione impedimenti computando, potest compleri. Si vero interrupta sit civiliter per litis contestationem, exigit 40. annos a puncto interruptionis, ut possit perfici. Et hoc procedit non tantum in actionibus personalibus, sed etiam realibus; tametsi istae actiones alioqui brevissimo spatio temporis essent praescribendae. Quod ut rite intelligatur, en textus legis *Saepe* fin. Cod. *de Praescript.* 30. *vel* 40. *annorum.*: « Saepe quidam suos obnoxios in iudicium vocantes et iudiciariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites perducebant; sed taciturnitate in medio tempore adhibita, *propter potentiam forte fugientium vel suam imbecillitatem* vel alios quoscumque casus..... deinde iure suo lapsi esse videbantur; eo quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit et huiusmodi exceptione opposita suas fortunas ad alios translatas videntes, merito quidem sine remedio ante lugebant. Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quae ex triginta annis oritur, in huiusmodi casu opponi minime patimur. Sed licet personalis actio ab initio fuerit instituta, eam tamen in quadragesimum annum extendimus; cum non similis sit, qui penitus ab initio tacuit, ei qui et postulationem deposuit et in iudicium venit et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est. Sed licet ipse actor defecerit, tamen suae posteritati huius causae cursum eum relinquere posse definimus: ut eius heredibus vel successoribus liceat eam adimplere, nullo modo triginta annorum exceptione sublata: quod tempus (idest quadraginta annorum spatium) ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit ».

469. Si tamen possessor postea absolvatur, praescriptio eodem modo censenda est perrexisse, ac si per litem contestatam nunquam fuisset interrupta. Ratio est, quia effectus interruptionis pendet a sententia iudicis dein pronuncianda, tanquam a conditione et hoc ideo, ne cuivis facile sit movendo litem, etiam animo calumniandi, praescriptionem interrumpere. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 135.

470. Alterum discrimen est, quod si praescriptio interrupta est naturaliter, interrupta censeri debet quoad omnes; quia deficiente possessione v. gr., cessat unum ex praecipuis requisitis ad praescribendum contra quemvis.

At si civiliter solum interrumpatur per litis contestationem vel citationem, interrumpitur solum respectu illius, a quo lis coepta est, non respectu tertii cuiusdam, a quo nulla mota est actio et cui proinde ista interruptio nec prodest nec nocet. Proinde si v. gr. Titius mihi rem aliquam bona fide possidenti litem moveat de ea re, putans esse suam, cum tamen sit Sempronii, praescriptio mihi interrumpitur respectu Titii, non autem Sempronii et ideo licet, lite durante, non possim praescriptionem complere respectu Titii, illam tamen complere possum respectu Sempronii, ita ut lite mea adhuc pendente cum Titio, Sempronius vere dominium amittat nec interruptione a Titio facta dein tueri se ullo modo possit.

Deducitur id ex l. *Res inter* C. *Quibus res iudicata non nocet:* « Res inter alios iudicatae neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solent irrogare ».

471. Pro diversitate autem praescriptionum diversis actibus iudicialibus praescriptio interrumpitur.

Ac 1° per meram citationem interrumpitur quidem praescriptio tricennalis, non vero praescriptio longi temporis.

Excipe tamen praescriptionem, quae fiat a debitore conscio, quod v. gr. servitutem vel quidpiam aliud alteri debeat, contra quem ideo solum praescribat, quia alter debitum non exigit. (Heic, uti patet, agitur de praescriptione *liberativa*). Nam haec praescriptio, licet tantum longi temporis, per solam citationem interrumpitur. Ratio, quia per talem citationem virtualiter exigitur debitum. Imo haec praescriptio interrumpitur etiam per traditionem pignoris vel per exhibitionem novae exactionis, quae a debitore fiat creditori; quippe est nova debiti confessio et obligatio. Ita l. *Cum notissimi* 7. §. 5. C. *de praescript.* 30. *aut* 40 *ann.*

472. Per litis vero contestationem interrumpitur praescriptio longi temporis, 10 annorum scilicet aut 20. (De litis contestatione vid. Schmalzgr. lib. 2. tit. 5.).

Quod si tamen ex circumstantiis constet aut vehemens sit praesumptio, iuxta iudicis arbitrium, litem dolo motam ab actore et contestatam esse animo solum interrumpendi praescriptionem aut eam prolongandi; cum fraus sua nemini prodesse debeat, neutiquam praescriptio censebitur interrupta aut prolongata.

Interrupta igitur censebitur, quando *adversus cedentem lite doli nulla praesumptio* adsit; ut nempe in 40. annorum praescriptionem res protrahatur, iuxta dicta sup. n. 468.

473. Utrum vero per contestationem litis interrumpatur praescriptio etiam *triennalis*, an per solam sententiam, ut omnes tenent, controvertunt DD. et utraque sententia habetur probabilis.

Schmalzgr. pro negativa sententia utitur hac ratione convenientiae, lib. 2. tit. 26. n. 139. Disparitas inter triennalem et ceteras praescriptiones est, quia praescriptio triennalis potissimum inducta est in favorem praescribentis; praescriptio autem longissimi temporis maxime contra negligentiam et in odium non exigentis debitum, inter quas medio quasi modo se habet praescriptio longi temporis, dum partim inducta est in favorem praescribentis, partim in odium negligentis debitum petere; hinc convenit, ut praescriptio longissimi temporis interrumpatur sola citatione, longi temporis contestatione litis, triennalis vero per sententiam solummodo.

Quare qui triennium lite pendente complet, vere complet praescriptionem et facit rem, quam triennio possedit, suam, sed revocabiliter; nam si post lapsum triennium adversus possessorem lata sententia sit, res possessa ei restitui debet, pro quo iudicatum est, non habita ratione usucapionis.

474. Ceterum cum statuitur, per sententiam interrumpi usucapionem triennalem, duo sunt advertenda.

Primum est, quod haec sententia debet esse *iudicialis*. Hinc non interrumpitur praescriptio legitime inchoata adversus Ecclesiam Romanam per sententiam excommunicationis, singulis annis feria V. in Coena Domini promulgari solitam in occupantes et detinentes bona ad eam Ecclesiam pertinentia; quia iudicialis non est et solum fertur in malae, non in bonae fidei possessores.

Secundum est, quod sententia, etiam iudicialiter lata, si tantum facta sit quoad certos articulos, non extendatur ad alios etiam similes, in quibus possessio non est interrupta: unde quoad hos adhuc perget praescriptio, sicut pergit possessio et bona fides; nam mala fides respectu unius partis aut iuris non tollit bonam fidem respectu alterius. Schm. lib. 2. tit. 26. n. 141.

De restitutione in integrum.

XXV. Advertendum denique est, etiam post impletum legitimum praescriptionis tempus interdum concedi beneficium restitutionis in integrum. Est autem restitutio in integrum remedium iuris, quo hominibus laesis aut circumventis praetoria auctoritate succurritur, ipsos reponendo in statum pristinum.

Restitutio in integrum contra praescribentem conceditur 1° Minorennibus; nam ut habet l. unic. Cod. *Si adversus usucapionem* « contra eos, qui res minorum tenent, si usucapione dominium acquisierint, restitutionis auxilium eis decerni debet ». 2° Ecclesiae, quae (ut habetur in cap. *Auditis, de In integrum restitutione*) fungitur iure minoris. 3° Reipublicae, quae (ut inquit l. 4. Cod. *Quibus ex causis maiores* etc.) mi-

norum iure uti solet, ideoque auxilium restitutionis implorare potest. Cum autem ad beneficium hoc petendum minoribus quadriennium concedatur a legitima aetate inchoandum l. 7. Cod. *de Temporibus in integr. restitutionis*, Ecclesiae tamen et reipublicae, si iusta causa intercedat, etiam post elapsum quadriennii spatium restitutio conceditur.

475. Praescriptio etiam completa rescindi potest ob laesionem, quam passi illi sint, qui beneficio restitutionis in integrum gaudent.

Porro ut hoc beneficium locum habeat, laesio non quocumque modo contigerit oportet, sed vel culpa aliqua seu dolo adversarii saltem praesumpto vel inconsulta facilitate personae laesae vel procuratoris aut administratoris negligentia aut ignorantia. Nam si praecise casu aliquo fortuito damnum contingat, ut cum res empta v. gr. incendio perit; tunc, aequitate ipsa dictante, restitutio non procedit; secus contrahens cum minorenni vel cum Ecclesia nunquam securus esse posset, quantamcumque diligentiam adhiberet. Vid. Schm. lib. 1. tit. 41. n. 2. et Reiffenstuel in lib. 1. tit. 41. n. 11.

476. Quoad minorennes, allegatum est ius in synopsi. Quod vero quadriennium ipsis concessum ad petendam restitutionem initium sumat a legitima aetate adepta, scil. ab expleto 25° anno, ita habet lex allegata h. e. l. *Supervacuam* C. *de Temporib. in integrum restitutionis.*: « Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis.... separantes sancimus, et in antiqua Roma..... et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, a quo annus utilis currebat..... ».

477. Hanc minoribus faciendam restitutionem sancit et ius canonicum, ut videre est in c. *Constitutus* 8. *de In integrum restitutione*, in quo talis redintegratio facienda praecipitur.

Ratio vero, cur minoribus tale beneficium concedatur, habemus in l. *Hoc edictum* Dig. *de Minoribus XXV. annis*: « Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis etc ».

478. Quoad *ecclesias* advertendum, eo nomine venire etiam monasteria, hospitalia et alia loca pia.

Ecclesiam autem fungi iure minoris habetur in cap. *Requisivit, de In integr. restit.*: « Noveris itaque, quod, si ecclesia laesa est et manifeste apparet detrimentum ipsius (cum Episcopo eius conditionem facere deteriorem non liceat *et ecclesia iure minoris debeat semper illaesa servari*), quae in damnum eius data constiterit, ad ipsius convenit ius et proprietatem redire ».

Et cap. *Auditis.* eod. tit.: « Nos attendentes, quod utraque ecclesia fungatur iure minoris;..... utramque restituimus..... ».

Hoc autem ideo constitutum est, ut occurratur aut negligentiae aut prodigalitati aut improbitati administratorum, qui saepe sibi magis et consanguineis suis student, quam ecclesiarum sibi commissarum bono. Schm. lib. 1. tit. 41. n. 8.

479. Quod vero ecclesiae, si iusta subsit causa, restitutio concedatur etiam post elapsum quadriennium, edicitur in cap. *Ecclesia* h. tit. in 6.: « Ecclesia, quae ad retractandam sententiam vel contractum per beneficium restitutionis in integrum, postulat se admitti, si quadriennii spatium post sit lapsum et negligenter omiserit, non est ad beneficium eiusmodi admittenda, *nisi praevaricationis et fraudis manifeste probetur super hoc intervenisse commentum, aut alia rationabilis causa subsit, quae Superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum* ».

Et cap. *Si adversus* eod. tit. in 6.: « Si adversus confessionem a se in iudicio factam, laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum intra quadriennium ab ipsius confessionis tempore computandum petere negligenter omittat; non est *(nisi aliquid rationabile appareat, quod aliud suaserit faciendum)* ad hoc petendum ulterius admittenda ».

480. Denique quod attinet ad rempublicam, adverte eo nomine heic venire non supremas modo respublicas, quae superiorem in rebus temporalibus non agnoscunt, sed etiam inferiores, quae per administratores reguntur, ut sunt v. gr. civitates, oppida, pagi etc. Imo intelligi debet et Princeps supremus non quidem respectu bonorum eiusdem particularium et propriorum seu privatorum, sed quoad bona Principatus seu coronae ac fisci; quia haec reputantur esse bona reipublicae, secus ac priora, circa quae censetur princeps ut quivis privatus.

Beneficium autem restitutionis reipublicae asseritur in l. *Respublica* C. *Quibus ex causis maiores in integrum restituantur:* « Respublica minorum iure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest ».

Et l. *Rempublicam* C. *de Iure reipublicae:* Rempublicam ut pupillam extra ordinem iuvari mos est ».

Ceterum quadriennium pro ecclesia vel Republica, incipere dicendum est a die, quo, re intellecta, integrum illi fuit restitutionem petere.

481. Beneficium restitutionis insuper concedi solet etiam maiorennibus, si iusta subsit causa; idque et ex iure Canonico cap. *Ex litteris, de Restitutione in integrum* et iure civili, in quo integrum titulum de hoc argumento habes in Codice lib. 2. tit. 54., manifestum est. Sed hisce insistere nostrum modo non est. Vid. Schm. lib. 1. tit. 41. a. n. 9.

482. Quaestio fit, an restitutio in integrum fiat minori contra minorem, vel ecclesiae contra ecclesiam: ratio dubitandi est effatum, quod privilegiatus iure suo uti non possit contra pariter privilegiatum.

Sed haec regula non est generalis et in casu respondendum est cum distinctione, secundum quod eorum causa est dispar vel par.

Si causa est dispar et alter laedens est, alter autem laesus, atque adeo alter de lucro captando, alter de vitando damno certat, tunc laeso manet salvum privilegium et eiusdem usus integer.

Si vero par sit causa et uterque de lucro captando aut de vitando damno certet: tunc spectanda est possessio et ille, qui possidet, potiori iure possidebit, iuxta regulam 65. in 6. « In pari delicto vel causa, potior est conditio possidentis ».

Hinc v. gr. si ecclesia repudiavit hereditatem lucrosam et alia ecclesia sibi delatam acceptavit et adiit, prior adversus posteriorem restitui nequit, etsi illa restitutionem petat; quia illa certat de lucro captando, haec de eodem non amittendo et in pari causa est praeferenda, quae possidet. Item si minor minori temere pecuniam credidit et hic eandem prodige absumpsit, creditor adversus debitorem non restituitur (ex l. *Verum* §. fin. Dig. *de minoribus*); quia debitoris conditio duplici ex capite favorabilior est: 1° ut reus est et 2° ratione consumptionis; nam consumentis in casu potior est conditio (l. *Si minor*. Dig. *de minorib.*).

483. Ergo generatim statuendum, minorem vel ecclesiam *laesam* debere restitui: quippe privilegium concessum est solum dum laesi sunt; si vero sunt laedentes, status privilegiati se habet per accidens et ad rem impertinens est, ut impertinens est privilegium canonis in clerico, qui alium clericum percusserit. Schm. lib. 1. tit. 41. n. 22.

CAPUT VI. (a).

DE CONTRACTU

XXVI. De Contractu, quatenus est transferendi dominii titulus, illud in praesens animadvertisse satis sit, quod l. 20. C. *de Pactis* habetur: « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. » Ad acquirendum itaque dominium ordinarie necessaria est rei traditio, quae definitur: rei, iuris vel possessionis de persona in personam translatio. Necessaria est autem non quidem iure naturali, sed iure positivo humano requiritur, ut nempe sic compleantur contractus et incertitudo dominii evitetur.

484. * Cum lege recitata Codicis est alia coniungenda, quae est l. 31. Dig. *de Acquirendo rerum dominio:* « Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur ». Itaque titulus aliquis primo requiritur, puta contractus venditionis, promissionis etc. tum traditio, ut dominium rei transferatur. Constat sane quod in iure distinguuntur modi acquirenda-

---

(a) In hoc et duobus seqq. cap. textus est B.: declarationes vero seu commentarios, quos A. omisit, supplevit E. Forte haec minus necessaria videbuntur, sed secuti sumus morem A.: utinam feliciter! E.

rum obligationum a modis acquirendi dominii rerum in obligationem deductarum: obligationes acquiruntur contractibus aut conventionibus; dominium rei acquiritur traditione, rei autem incorporalis dominium facto aliquo traditionem repraesentante.

Ut traditio vera sit effectumque suum gignat, intercedat necesse est acceptatio seu apprehensio eius, cui res traditur l. 55. Dig. *de Obligat. et action.*

485. Ceterum traditio et ficta esse potest, si symbolo quodam aut alia re, puta instrumento repraesentetur. l. 1. C. *De donationibus* et l. 44. §. 5. Dig. *de legatis et fideicommissis* 1. Atque in rebus incorporalibus (cf. Inst. l. 2. tit. 2.) vice traditionis fungi potest patientia domini et vice apprehensionis fungi potest usus iuris cf. ll. 15. et 20. Dig. *de Servitutibus.* Nam « incorporales res traditionem et usucapionem non recipere (proprie scilicet) manifestum est » l. 43. §. 1. Dig. *de acquirendo rerum dominio* (b). *

XXVII. Diximus necessariam esse ordinarie, quia quidam sunt casus ipso iure excepti, in quibus dominium transfertur ante traditionem.

Sunt autem praecipue sequentes, 1° in beneficiis ecclesiasticis; ius enim in re acquiritur per solam collationem et acceptationem: 2° in hereditate; nam heres ius in re acquirit per solam hereditatis acceptationem: 3° In legato quoad rem determinatam in individuo: 4° in his, quae cedunt ecclesiis ac generatim locis piis: 5° denique in his, quae causa delicti ipso facto addicuntur fisco.

486. * Sane 1° quod spectat ad beneficia, prostat c. *Si tibi absenti, de Praebendis* in 6., ex quo id certe colligitur. « Si tibi absenti per tuum episcopum conferatur beneficium, licet per collationem huiusmodi, donec eam ratam habueris, ius in ipsum beneficium, ut tuum dici valeat, non acquiras, ipse tamen episcopus vel quicumque alius de ipso beneficio, nisi consentire recuses, in personam alterius ordinare nequibit. Quod si faciet, eius ordinatio facta de beneficio non libero, viribus non subsistet ». Igitur collatione tibi facta, accedente consensu tuo, iam beneficium est tuum; etiamsi tibi absenti conferatur.

2° Pro hereditate habes l. 23. Dig. *de Acquirenda vel amittenda possessione,* ubi statuitur aditionem hereditatis satis esse, ut omnia iura nostra sint. « Cum heredes instituti sumus, omnia quidem iura ad nos transeunt: possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet ». Atqui aditur hereditas per solam acceptationem verbo vel facto expressam. Inst. l. 2. tit. 19. §. 6.

(b) Ita et Codex italicus, loquens de contractu emptionis venditionis, decernit, traditionem rerum incorporearum fieri aut communicatis instrumentis, aut mediante usu emptoris ex consensu venditoris n. 1466.

3° Idem valet in legatis, cum res determinate legatur: statim scilicet ac heres adit hereditatem, efficitur legatarius eius rei legatae dominus l. 64. Dig. *de Furtis* « Ea, quae legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt » et l. 86. Dig. *de Legatis et fideicommissis* lib. 1. §. 2. « Si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur: si non repulerit, ex die aditae hereditatis, eius intelligetur ».

487. 4° Audi Laymann lib. 3. t. 1. c. 5. n. 8. « Ex titulo donationis, venditionis aliove simili, ante traditionem, acquiritur dominium civitatibus, ecclesiis aliisque piis locis, ob speciale privilegium *leg. ult. C. de Sacrosanctis ecclesiis*. Quare si fundus v. gr. ecclesiae venditus vel donatus, postea alteri vendatur ac tradatur, ecclesiae competit rei vindicatio adversus posteriorem emptorem, quippe cui nullum ius dominii in rem emptam, cum praeiudicio ecclesiae, acquisitum fuit, sicut ex communi docet Covar. l. 2. resp. c. 19. n. 2. » Cf. et Lessium lib. 2. c. 3. dub. 3. n. 16.

Ita quamvis donatio generatim ante acceptationem donatarii non valeat, valet tamen, antequam acceptetur, donatio ecclesiae vel alteri piae causae facta. Cf. Ferraris v. *Donatio*, art. 1. n. 26. Qui et rationem reddit; quia quod donatur aut promittitur Ecclesiae aut alteri piae causae, censetur donatum aut promissum ipsi Deo, *arg. c. Nulli liceat* caus. 12. q. 2.: Deus autem ubique praesens est et statim acceptat.

5° Quod spectat ad ultimum, cum certum sit, posse principem seu socialem auctoritatem statuere ut dominium etiam absque traditione transferatur; quandoquidem traditio, ut dictum est, non iure naturali, sed positivo exigitur: consequens est quod, si lege statuatur, ut bona alicuius, causa delicti, addicantur ipso facto fisco, addictione hac vim suam exerente, res erunt fisci, etiam ante traditionem et usucapionem.

Adde contractum societatis omnium bonorum l. 1. §. 1. et l. 2. Dig. *Pro socio.*

Alios casus minoris momenti in quibus traditio non postulatur, vide apud Lessium l. c. *

CAPUT VII.

DE USU ET USUFRUCTU

XXVIII. Usus definitur ius utendi rebus alienis, salva earum substantia. Quousque autem facultas utendi sese pro varia rerum indole porrigat, enucleatum in iure videre est (vid. in Dig. tit. *De usu et habitatione*). Illud scitu dignum, quod l. 2. l. c. dicitur: « Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest ». Et infra l. 14. §. 1.: « Usui fructus deest ». Cui igitur usus datus est v. gr. domus, locare eam non potest nec usum eius alteri concedere, si eam ipse non inhabitat.

488. * Usus est quoddam *dominium utile* (cf. n. 60.), dummodo sit ius. Distinguitur enim *usus iuris* et *usus facti.* Usus facti est usus in facto

vel solo positus: usus iuris est in iure situs, sive est ius utendi. Atque hic est qui definitur: *ius utendi rebus alienis, salva earum substantia.* Cum dicitur ius *utendi,* iam distinguitur a iure, quod quis habet in pignore aut deposito, quibus uti non potest. Dicitur *rebus alienis,* definitur scilicet ille usus, qui separatus est a dominio rei: nam ius utendi, qui competit domino, iam sub eius iure dominii continetur. Usus autem, qui a dominio seiungitur et ab eo, sub communi genere iuris in re, distinguitur, est quaedam servitus leg. 1. Dig. *de Servitutibus* et id habet commune cum omnibus servitutibus, ut sit in alieno. *Salva earum substantia,* res scilicet, in qua quis ius utendi habet, integra est servanda domino; obiectum namque huius iuris non est ipsa res, sed usus eius. Quo ergo spectat *ius utendi?* Profecto ad aliquam commoditatem, utilitatem, quae percipiatur ex re, ut qui utitur domo, fundo, veste, supellectili etc. Ius ergo utendi tribuit facultatem usuario tractandi et exercendi rem ad commoditatem et utilitatem suam, ita tamen ut id faciat secundum rei conditionem hancque adhibeat ad eum usum, ad quem natura vel institutione est comparata. Ita aedibus utatur ad habitationem, vestibus ad indumentum, servo ad opera etc. Vinnius Inst. lib. 2. tit. 4. ab init.

489. Quamvis vero ius utendi non sit ius fruendi sive usus non sit ususfructus, nihilominus non est putandum usum semper eo redire, ut quis re aliena quidem utatur, fructum tamen nullum percipiat; permittitur enim frequenter utenti applicare sibi bona quaedam ex re, qua utitur, provenientia.

Ita sane decernitur in Inst. l. 2. tit. 5. §. 1. « Minus iuris est in usu, quam in usufructu; nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis et lignis ad usum quotidianum utatur inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit nec iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento ». Modus ergo utendi praedio, qui sit huius iuris proprius, ait Vinnius in h. l., in eo est ut « ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius. Quantum autem cuique sufficiat, id aestimandum ex dignitate et conditione utentis; neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat et honestati vitae et dignitati. Quin etiam, subdit idem, longius aliquando itur et tam large cum usuario pro dignitate eius agitur, ut his rebus non tantum cum familia sed etiam cum convivis et hospitibus uti ei permittatur ».

Pergit textus iuris citatus: « Nec ulli alii ius, quod habet, aut locare aut vendere aut gratis concedere potest ».

Item quoad usum aedium ibid. §. 2. « Is qui aedium usum habet, hactenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet nec hoc ius ad alium transferre potest ». Permittitur tamen « ut hospitem ei recipere

liceat et cum uxore liberisque suis item libertis nec non personis aliis liberis, quibus non minus quam servis utitur, habitandi ius habeat ». Imo addunt interpretes, usuarium non prohiberi, dummodo ipse inhabitet, partem aedium, quam non occupat, alii locare et sic lucrum exinde percipere. Cf. Vinnium in h. l. et leg. 3. Dig. *de Usu et habitatione*. Rursus « si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte neque agnis neque lana utitur usuarius; quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti est ». Inst. l. c. §. 4. et l. 12. Dig. tit. cit.

490. Legislatores Romani, pro sua subtilitate, distinxerunt inter *usum aedium* et *habitationem* Inst. l. c. §. 5. « Si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius ».

Non est ergo nudum factum, sed ius quoddam. Fatetur tamen Ulpianus l. 10. Dig. tit. cit. effectu idem pene esse legatum usus et habitationis. Iustinianus autem in Inst. l. c. §. 5. ait se permisisse « habitationem habentibus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare », quo usuifructui comparatur. Utrum proinde ius concessum esset, ex adhibita voce vel *usus* vel *habitationis* dignoscendum erat (a).

491. In definitione usus dictum est: *salva rei substantia*. Ex his verbis inferunt iurisperiti non esse locum huic iuri, quando ipso usu substantia rei consumitur, ut in cibo, potu. Nimirum ius utendi his rebus est reapse ius dominii; quia est ius rem destruendi in utilitatem suam.

Attamen FF. Minores, propter specialem praerogativam suae paupertatis, novam quaestionem hac in re pepererunt: an in rebus quoque usu consumptibilibus ius utendi distingui possit a iure dominii. Ipsi sane rerum omnium sive immobilium sive mobilium a fidelibus sibi oblatarum, non exceptis alimentis, affirmant quidem se usum habere, negant autem se, vel in communi, dominium habere, quod e contrario esse aiunt penes Rom. Pontif. vel penes offerentes.

Quaestio ergo fit an in rebus ipso usu consumptibilibus separari possit usus a dominio. Non pauci negarunt, propter rationem iam allatam, inter quos fuit etiam Ioannes XXII., qui in tribus Constitutionibus *(Ad Conditorem, Cum inter, Quia quorumdam* Extravv. *De verborum significa-*

(a) Codex italicus cohaeret fere cum Romano. « Qui usum habet fundi, nequit fructus colligere, nisi quatenus opus est subveniendis necessitatibus suis suaeque familiae » art. 521.

« Qui ius habet habitationis in aliqua domo, potest ibi habitare cum sua familia » 522.

« Ius habitationis coarctatur iis, quae necessaria sunt habitationi eius, cui ius concessum est suaeque familiae, ratione habita suae conditionis ». 524.

« Iura usus et habitationis nequeunt aliis concedi aut locari. 528: Secus est de conductore art. 1573.

tione) id data opera longo sermone demonstrare aggressus est, protestatus se reiicere dominium illud, quod ei FF. Minores in res sibi oblatas asserebant; fictum enim et chimaericum esse dominium rei, quam alius potest licito et legitimo usu destruere: praeterea Romanae Ecclesiae honori derogari, si ipsam oporteat nunc in foro ecclesiastico, nunc in seculari, interdum quoque coram pedaneis iudicibus et plerumque pro rebus parvis et vilibus continue litigare, quod tamen necesse erat fieri; cum occasione retenti huius dominii ab Apostolica Sede, omnes quoad haec causae adversus Minores occurrentes agendae essent in quolibet foro nomine S. Sedis.

Nihilominus plures alii Pontifices ante Ioannem XXII. in alia fuerunt sententia, ut Nicolaus III. decretali *Exiit qui seminat, de Verborum signific.* in 6. et Innocentius IV. Alexander IV. Gregorius IX., quos Nicolaus pro se citaverat.

492. Atque haec altera sententia, ait Lugo disp. 2. n. 43., est communior et verior, posse nempe et in rebus usu consumptibilibus usum a dominio secerni.

Sane retenta distinctione ab initio tradita *usus iuris* et *usus facti*, facile patet aliquid esse posse inter haec medium, quod ius quidem aliquod sit, sed diminutum, quod nec sit usus facti, quem praevertit nec dominium. Videlicet ius utendi duplex concipi potest: 1° ius utendi per se irrevocabile, ut eo obtento, iam possit usuarius, absque ullo beneplacito domini, uti re prout ipsi placet: 2° ius utendi quidem, sed quandiu res durat, ius subordinatum voluntati domini, ut possit illud pro lubito revocare. Porro non repugnat, ait Lugo l. c. n. 44., aliquem accipere a domino facultatem utendi re usu consumptibili, revocabilem tamen voluntate domini; quo posito, qui accipit talem facultatem limitatam nequit dici illius rei dominus.

Itaque si de priore iure utendi sermo sit, de quo et leges romanae loquuntur, conceditur, ipsum in rebus usu consumptibilibus non secerni a dominio: si autem de altero iure diminuto sermo sit, concedendum est ipsum a dominio distingui. Hoc vero est ius, quod solum sibi vindicant FF. Minores. Quod explicat Lugo exemplis nonnullis, inter quae illud est commune omnibus religiosis, qui habent quidem usum rerum, ciborum etc., quibus ex licentia superiorum utuntur et ius quoddam habent utendi, sed non habent dominium; quia potest ille usus semper eis auferri a praelatis, quandiu res durant. Ex quo patet quaestionem hanc non esse propriam FF. Minorum, sed ad omnes religiosos spectare.

Argumenta in contrarium eorumque solutiones vide apud eundem Lugo l. c. n. 45. seqq.

493. Quid ergo dicendum de doctrina Ioannis XXII.

1° Cum definivit Const. *Cum inter* Christum Dominum dominium habuisse eorum, quae usu consumptibilia erant, egit ut Doctor Ecclesiae, doctrinam declarans spectantem ad rectam interpretationem Scripturarum atque quod verum est, definivit. Cf. secundam Const.

2° Quatenus a Romana Ecclesia abdicavit dominium quorumdam bonorum spectantium ad FF. Minores, iure suo est usus atque hanc dispositionem non inanibus confirmavit argumentis.

3° Cum negavit usum in rebus ipso usu consumptibilibus secerni a dominio, locutus est de usu seu iure utendi, de quo leges romanae loquebantur, reiiciens una et quidem merito, *usum simplicem facti denudatum omni iure,* quem se habere ante rei consumptionem FF. Minores, ut ipse acceperat, gloriabantur. Cf. tertiam Const., qua prima defenditur.

Quod si idem Pontifex non omnia prospexit, non advertit scilicet, praeter ius utendi, de quo romanae leges et simplicem usum facti, alium usum seu ius utendi imperfectum haberi posse, ut idcirco universalis negatio Pontificis claudicare videatur, respondemus: 1° argumentationem satis longam in hac re non pertinere ad materiam decisionis Pontificiae, sed ad rationem eamque non unicam decisionis: decisio enim pure disciplinaris est, statuens, dominium bonorum, quae Minoribus advenient (quibusdam, quae nimirum servari possunt, exceptis) penes Romanam Ecclesiam non amplius fore: cf. Const. primam et tertiam. Respondemus 2° materiam, in qua versatur ea disputatio Pontificis, non esse, ut monet etiam Lugo n. 55., ex revelatis, addimus, neque ex necessario connexis cum revelatis: idcirco 3° mirum haud esse debere, quod is errare quadantenus potuerit.

Cf. Laymann. l. 3. tr. 1. c. 6. n. 7.*

XXIX. Ususfructus definitur « ius utendi et fruendi rebus alienis, salva earum substantia ». Ususfructus ergo complectitur tum rei usum, tum fructuum perceptionem; licet non repugnet, ut alicui fructus sine usu tribuantur. Nam, ut habet l. 14. Dig. *de Usu et habitatione* §. 3.: « poterit apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas; veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres eius tibi fructum legaverit, vel alio modo constituerit. »

494. * Ususfructus *dominium utile* est (part. 1. n. 60.). Differt definitio ususfructus a definitione usus sola vocula *fruendi:* hanc ergo explicare sufficit; cetera enim communia sunt. Et heic ususfructus intelligitur, qui sit a proprietate separatus, qui a iurisperitis vocatur ususfructus *formalis,* dum iidem usumfructum *causalem* vocant, qui cum sua causa, nempe dominio rei coniunctus est. Ius fruendi adiunctum habet et ius utendi; non interest proinde utrum fructus, an ususfructus legetur l. 14. §. 1. Dig. *de Usu et habitatione.*

495. Constituitur quidem ususfructus non tam in fundo et aedibus,

verum etiam in servis et iumentis (intellige et armenta et pecora) et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur ». Inst. l. 2. tit. 4. text. 2. (a). Ius fruendi hoc tribuit usufructuario ut fructus omnes rei percipere possit, non solum naturales quique addita industria ex re nascuntur, sed et civiles, e. g. pretium locationis, venditionis etc., ut idcirco omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod ex re fructuaria vel occasione eius percipitur, fructuarium sequatur. Ita l. 7. Dig. *de Usufructu et quemadmodum* etc. « Usufructu legato, omnis fructus rei ad fructuarium pertinet... Rei soli, ut puta aedium usufructu legato, quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris quaecumque aedium sunt ». Et leg. 9. ibid. « Si fundi ususfructus legatus sit, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur... Et si opes in eo fundo sint, earum quoque ususfructus ad eum pertinet. Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit, vel cretifodinas habeat, vel arenas, omnibus his usurum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias: quam sententiam puto veram. Sed si metalla post usumfructum legatum sint inventa, cum totius agri relinquatur ususfructus non partium, contineantur legato ». Et l. 13. §. 5. eod tit. « Venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti et sulphuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit » (b). Ubi vides et ea, quae occasione rei fructuariae percipiuntur, in fructu esse.

496. Porro advertendum non aliter fructus naturales fieri fructuarii, quam si ipse eos perceperit aut alius eius nomine vel, si sponte deciderint, eorum possessionem nactus fuerit. Idcirco, si maturis fructibus nondum separatis, is decesserit, heredes eius nihil iuris habent in iis, quae in terra tenentur. Inst. l. 2. tit. 1. §. 36. Deducit tamen heres impensas factas fructuum quaerendorum gratia; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis expensis superest. Ita Vinnius in h. l.

Fructus autem civiles, qui pro quotidiano usu rei debentur, acquiruntur singulis diebus ac pro rata temporis, quo ususfructus duravit, debentur usufructuario eiusve heredibus: Vinnius ibid. (c).

(a) Codex item italicus statuit usumfructum constitui posse in quacumque specie bonorum immobilium sive mobilium n. 478. Neque excludit res, quae ipso usu consumuntur n. 483., de iis illud decernens, quod ex senatus consulto ius romanum statuit, ut infra videbimus.

(b) Codex vero italicus negat usufructuario ius in venas metallorum, lapidicinas, arenarias, quae nondum erant apertae, cum ususfructus incepit art. 494. §. 3.

(c) Codex Italicus art. 480. statuit: fructus naturales, qui ineunte usufructu nondum sunt a re fructifera separati, spectare ad usufructuarium: eos autem, qui ces-

497. Quia vero salva rei substantia servanda est; hinc ab iis usufructuarius prohibetur, quae rem consumerent, vel causam proprietatis deteriorem facerent, vel rem in aliam formam transmutarent. Finge, ait Vinnius Inst. l. 2. tit. 4. sub init. n. 7., ovium usufructum relictum esse, non debet usufructuarius eas occidere, ut carne vescatur... Cui fundi ususfructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere nec quidquam facere in perniciem proprietatis l. 13. §. 4. Dig. *de Usufructu et quemadmodum* etc.

Sed si agrum non proscindat, vites non subserat, aquaeductus corrumpi patiatur, non intelligitur, salva substantia, re uti: ead. leg. §. 2.

498. Et quia usufructuarius uti et frui re debet secundum rei convenientiam, boni viri arbitratu, ut Ulpianus ait l. 9. tit. cit.; hinc est, quod silvam non caeduam aut quae caedua a domino habita non est, fructuarius caedere non potest l. 9. §. ult. ibid.: quamvis materiam ex ea succidere ad villae refectionem et pedamenta in vineam sumere non prohibeatur l. 10. ibid.

Praeterea usufructuarius agri in locum demortuarum arborum alias substituere debet, prioribus ad ipsum pertinentibus l. 18. Dig. tit. eod. et gregis usufructu accepto, in locum capitum defunctorum grex ex adgnatis supplendus est l. 68. §. 2. ibid. et si vivarii ususfructus concessus est, sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum, finito usufructu, domino proprietatis adsignari, qui fuit cepti ususfructus tempore l. 62. §. 1. ibid. Quia nimirum salva esse debet rei substantia eaque domino restituenda.

499. Ut tandem domini securitati consuleretur, usufructuarius cautionem dare debebat, nempe datis fideiussoribus promittere *et usurum se boni viri arbitratu et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit.* l. 1. Dig. *Usufructuarius quemadmodum caveat.*

500. Ususfructus, sicut et usus, est ius personale quod scilicet personae adhaeret: idcirco « si patri tuo ususfructus legatus est, defuncto eo, nihil ad te pertinet; cum morte eius, cui fuerat legatus, vel alio modo acquisitus, ad proprietatem regredi soleat. (Aliud est, ut videbimus suo loco, si intercedat contractus locationis). Usufructuario autem superstite, licet dominus proprietatis rebus humanis eximatur, ius utendi fruendi non tollitur ». l. 3. *C. de Usufructu.*

---

sante usufructu nondum sunt separati, spectare ad proprietarium, absque compensatione ex utraque parte pro labore et seminibus art. 481.: fructus civiles acquiri de die in diem et spectare ad usufructuarium pro rata temporis ususfructus.

Ita et Codex Gallicus art. 585. 586.

501. Ususfructus, separatus a proprietate, constituitur non uno modo. Ipso iure constituitur patri in bonis filii adventitiis, quemadmodum superius diximus: a iudice constitui potest in iudiciis familiae erciscundae et communi dividundo l. 16. §. 1. Dig. *Familiae erciscundae*, l. 6. §. 10. Dig. *communi dividundo*, l. 6. §. 1. Dig. *de Usufructu*.

Privata auctoritate constitui potest testamento. Inst. lib. 2. tit. 4. §. 1. « Sine testamento vero, dicitur ibidem, si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet ». Pactionibus scilicet, non nudis, sed vestitis iisque quae idoneae sunt ad dominium transferendum, cuiusmodi sunt locatio, venditio, donatio, vel nuda quoque pactione, dummodo ea in continenti adiiciatur contractui vel conventioni legitimae. Vinnius in h. l.

Porro si testamento legatur ususfructus, non requiritur traditio ut ius in re a legatario acquiratur (487. 3.): si vero pactione constituitur, ut hoc ius alteri acquiratur, aliquid traditioni aequivalens postulatur, si v. gr. dominus usufructuarium in fundum inducat vel eum patiatur uti frui l. 3. Dig. *de Usufructu*. « Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum. *Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur utifrui* ».

Tandem legitima praescriptione hoc ius acquiri potest, decem annorum spatio inter praesentes, viginti inter absentes, sicut et alia iura l. ult. *C. de praescriptionibus longi temporis*.

502. Quamvis ususfructus constitui nequeat iis in rebus, quae ipso usu consumuntur, quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, quibus proxima est pecunia numerata; namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur Inst. lib. 2. t. 4. §. 2.: nihilominus, quia ut dicitur l. 1. Dig. tit. mox citando: « Senatus censuit, ut omnium rerum, quae in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari posset »; hoc « senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur possit ususfructus legari ». « Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit, sed remedio introducto cepit quasi ususfructus haberi », ut dicitur l. 2. §. 1. Dig. *de Usufructu earum rerum, quae usu consumuntur*. « Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario ut eius sit et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur aut capite minuatur. Ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant, sed aestimatis his satisdatur, ut si moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti haec fuerint aestimatae », quod habetur, Inst. l. c. Quocirca ut dicitur l. 7. Dig. tit. cit. « si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo

cautio desideranda est, ut *quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur* aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est: quod et commodius est. Idem scilicet de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intelligimus ».

503. Cautio porro seu satisdatio, datis fideiussoribus, promissionem continebat tum restitutionis tum modi restitutionis. Promittebat legatarius se restiturum tantundem vel aestimatis rebus certam pecuniae summam: qua cautione fiebat, ut ususfructus quidam et in iis rebus incipere intelligeretur. Nam eo quod res restitui debet, videtur aliena et eo quod tantundem restitui debet, videtur res ipsa restitui. Pars altera cautionis quoad modum restitutionis pecuniae in eo erat ut res restitueretur *si usufructuarius morietur aut capite minueretur.* Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis et capitis diminutionis; quoniam rerum, quae usu consumuntur usus aliter amitti non potest l. 9. Dig. *hoc tit.* et l. 7. §. 1. Dig. *Usufructuarius quemadmodum caveat.* Capitis autem diminutio intelligitur maxima vel media. Ita Vinnius Inst. h. tit. §. 2. comm. n. 5., qui et advertit, propter alteram partem cautionis, hunc quasi usumfructum differre a mutuo.

504. Diximus praeterea usumfructum continere usum rei idque generatim verum est; nihilominus fieri potest ut ab usufructu usus separetur, ut docet lex cit. 14. ex Dig. *de Usu et habitatione.* Adde l. 5. §. 2. Dig. *Usufructuarius quemadmodum caveat.* Exemplum explicat Gotofredus: «legavi tibi nudum usum fundi: heres meus postea legavit Titio fructum eiusdem fundi: non poterit Titius in eo fundo habitare et a te prohibetur illo venire, nisi ad fructus percipiendos ». Sane si utriusque iuris, usus et ususfructus indoles spectetur, patet, quod et dempto usu in certis rebus, adhuc ususfructus utilis est; supersunt enim plura, quae ipsi soli competunt. *

XXX. Usufructuarii est quidquid in fundo nascitur et quidquid inde percipi potest l. 9. Dig *de Usufructu.* Eidem tamen onus incumbit expensarum sive pro fructuum perceptione, sive pro tributis, sive pro ordinariis debitis, queis fundus gravetur, sive etiam, si modicae illae sint, pro fundo reficiendo l. 7. Dig. *de Usufructu.* Praeterea custodiam praestare debet l. 2. Dig. *Usufructuarius* remque in suo statu conservare.

505. * Prima pars iam in praeced. explicata est. Quod spectat ad secundam partem ratio manifesta est; aequum est enim ut qui fructus rei percipit et onera sustineat. « Debet, ait Laymann lib. 3. tr. 1. c. 6. n. 4., impendia, quae ad annuam fructuum perceptionem pertinent, sicut et collectas, tributa et similes praestationes, quae *pro re fructifera* debentur, usufructuarius praestare. Nam *secundum naturam est, commoda cuiuscumque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda,* reg. iuris 10. Dig. vel, ut habet reg. iuris 53. in 6. *Qui sentit onus sentire debet commodum*

et e contra ». Ita l. 7. §. 2. Dig. *de Usufructu.* « Si quae vetustate corruerunt, reficere (usufructuarius) non cogitur: modica igitur refectio ad eum pertineat; quoniam et alia onera adgnoscit, usufructu legato, utputa stipendium vel tributum vel salarium vel alimenta ab ea re relicta ». Secundum haec intelligenda lex 7. *Cod. de Usufructu.* « Eum, ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus praestare debere, explorati iuris est » (a).

Quoad custodiam, idest diligentiam, verba sunt Pauli l. c. « Nam fructuarius custodiam praestare debet ». Quae verba nectuntur cum postremis legis praecedentis: « omnem enim rei curam suscipit (fructuarius) ».*

XXXI. Cessat ususfructus 1° morte naturali aut civili usufructuarii: 2° tempore statuto: 3° interitu rei: 4° proprietate in usufructuarium translata: 5° omnimoda rei mutatione: 6° abusu, quo per usufructuarii culpam res deterior fiat: 7° renuntiatione usufructuarii. Haec autem et de usu dicenda sunt. Nam, ut habet l. 3. Dig. *de Usufructu,* « Quibus modis ususfructus constitit et finitur, iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui et finiri ».

506.* Clara sunt omnia. Quoad 1. cf. dicta sub n. 503. Mors vero civilis est deminutio capitis maxima aut media. Utraque causa finiendi ususfructus mors naturalis et civilis affertur in *Inst.* lib. 2. tit. 4. §. 3. « Finitur ususfructus morte usufructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media ». Porro « maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit, quod accidit iis, qui servi poenae afficiuntur atrocitate sententiae... vel his, qui se, ad pretium participandum, venundari passi sunt ». *Inst.* lib. 1. tit. 16. §. 1.

Hac ergo capitis deminutione omnia amittuntur, civitas, familia, libertas, qua postrema sublata, tolluntur et alia duo. Servi poenae efficiebantur, qui in metallum aut ad bestias erant damnati. *Inst.* lib. 1. tit. 12. §. 3.

« Media capitis deminutio est, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur, quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit vel ei, qui in insulam deportatus est ». *Inst.* lib. 1. tit. 16. §. 2.

Ex dictis patet, quod usus fructus, mortuo usufructuario, non transit ad heredem: quod si legatus sit ea conditione ut ad heredes transeat, id ad secundos successores non pertinebit, sed in primis finietur atque in

---

(a) Ex Cod. Italico ad usufructuarium spectant tributa, canones et alia onera, quae, secundum consuetudinem, propter fructus debentur. Quae vero proprietati imposita sunt, proprietarius solvere debet; sed usufructuarius pecuniae expensae interesse retribuire ei tenetur art. 506. 507.

Item usufructuarius tenetur ad refectiones ordinarias, non ad extraordinarias, nisi his causam dederit negligentia circa priores. Extraordinariae censentur refectio parietum principalium et camerarum seu fornicum, substitutio tignorum, restitutio integra aut ex parte notabili tecti, solarii, aggeris, aquaeductus, muri fulcientis aut cingentis. Ceterae sunt ordinariae art. 501. 504. Minores sunt quae a conductore domus requiruntur art. 1604. Cf. dicenda de locatione.

horum persona novus ususfructus constitutus censebitur. Cf. Vinnium in *Inst.* lib. 2. tit. 4. §. 3. et Laymann. l. 3. tr. 1. c. 6. n. 5.

Ususfructus autem relictus civitati aut municipibus durat centum annos l. 56. Dig. *de Usufructu;* quia *is finis vitae longaevi hominis est,* ut ibi dicitur (a). Quod si civitas eversa sit aut aratrum passa, finitur ususfructus l. 21. Dig. *Quibus modis ususf. amittatur.* Placuit enim, ne in universum inutiles essent proprietates, certis modis exstingui usumfructum. *Inst.* l. c. §. 1.

Ad 2. quod attinet, perpende l. 12. *C. de Usufructu* « Ambiguitatem antiqui iuris decidentes, sancimus, sive quis uxori suae sive alii cuicumque usumfructum reliquerit, *sub certo tempore, in quod vel filius eius vel quisquam alius pervenerit,* stare usumfructum, sive persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit sive non; neque enim ad vitam hominis inspexit, sed ad certa curricula: nisi ipse, cui ususfructus legatus est, ab hac luce fuerit subtractus; tunc enim ad posteritatem eius usumfructum transmitti non est possibile » (b).

Quoad 3. statuit Iustinianus *Inst.* l. 2. tit. 4. §. 3. « Si aedes incendio consumptae fuerint vel etiam terrae motu vel vitio suo corruerint, exstingui usumfructum et ne areae quidem usumfructum deberi ». Cf. et l. 5. Dig. tit. cit.

Verum « fundi usufructu legato, si villa diruta sit, ususfructus non exstinguetur; quia villa fundi accessio est, non magis quam si arbores deciderint ». « Sed eo quoque solo, in quo fuit villa, utifrui potero ». l. 8. et 9. Dig. *Quibus modis ususf. amittatur* (c).

Quoad 4. cum usufructuarius evadit rei dominus, consolidatio appellatur *Inst.* l. c. et ususfructus cessat, nempe *formalis* (cf. n. 495.), de quo solo heic est sermo. Perinde est si ab usufructuario cedatur ususfructus domino proprietatis, ut habet l. c. Iustinianus. Qui simul addit: « nam cedendo extraneo, nihil agitur ».

Si nimirum usufructuarius alteri, praeterquam domino rei, velit usumfructum seu ius utendi fruendi cedere, cessio nulla est et irrita.

Id tamen non prohibet, quominus usufructuarius possit ius suum extraneo vendere aut gratis etiam concedere l. 38. Dig. *de Usufructu.* « Nam, ut verbis Vinnii utamur in *Inst.* lib. 2. tit. 4. §. 3., qui vendit usumfructum aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut ius omne

---

(a) Ex iure italico nequit talis ususfructus excedere annos 30. Cod. art. 518.

(b) Idem statuit codex italicus, n. 517.

(c) Codex italicus in secunda hypothesi, concedit usufructuario ius fruendi area et ruderibus aedificii diruti. art. 520. In priore hypothesi, quod ususfructus constitutus sit in aedificio, idem ius usufructuario concedit, fruendi area et ruderibus seu materialibus, art. 521.

totum, quod habet, a se dimittat et transferat in alium, sed ut retento iure, quod ex constitutione (ususfructus) personae eius inhaeret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quandiu ius illud in persona sua durabit. Quod et idipsum etiam tunc obtinet cum ususfructus venditus est domino proprietatis l. 29. §. 1. Dig. *Quibus modi ususfr. amittatur* indeque est, quod finiri dicitur ususfructus, non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Quod nescio an quis alius animadverterit». Simile contingit cum beneficiatus, qui ius habet ad decimas nomine proprio percipiendas, locat aut vendit alteri decimas: non ius suum transfert sed ius solum concedit percipiendi decimas nomine beneficiati, non proprio. Molina tract. 2. disp. 7. n. 20.

5us Modus reapse tertio continetur. Haec regula generalis tenenda est, ait Vinnius l. c.: « si talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censeri et usumfructum interire » (a).

6° dicitur cessare ususfructus *abusu*, quo per usufructuarii culpam res domini deterior fiat. Profecto, quoniam salva esse debet rei substantia et huc quoque ea conditio spectat, ut causa proprietatis deterior non fiat: ratio erit talis abusus ut ius fruendi ab usufructuario auferatur. Sed quod ususfructus ipso iure cesset, tali exsistente abusu, nulla video lege definitum et necessaria videtur sententia iudicis, quae, agente domino, id decernat.

De 7° diximus cum Iustiniano sub n. 4°.

Additur alius modus cessationis, nempe certus *non usus* Inst. l. 2. tit. 4. §. 3. l. 16. *C. de Usufructu* et l. 13. *C. de Servitutibus*. « Nos, ait Iustinianus, l. priore cit., decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu: sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum... nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere». Exceptio est seu praescriptio scilicet longi temporis, annorum decem inter praesentes, viginti inter absentes, ut habetur in altera l. cit. (b).

507. Quoniam de usu loquentes nihil diximus de modis, quibus ipse constituitur et finitur, attendenda est animadversio postremo loco posita ex §. 3. l. cit. in Synopsi. Quamvis et heic aliqua exceptio est, ut notant iurisperiti: nam ususfructus legari vel concedi potest ex parte

---

(a) Codex italicus requirit totalem interitum rei, in qua ususfructus est constitutus. art. 515.

(b) Codex Italicus usumfructum exstingui vult non usu, si non usus duret annos 30. art. 515.

l. 5. Dig. *de Usufructu.* « usus pars legari (vel concedi) non potest; nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus », ut habet l. 19. Dig. *de Usu et habitatione.* Quo de discrimine cf. Vinnium *Inst.* l. 2. tit. 5. ab init. (a).

508. Quaerit heic Laymann l. c. c. 6. n. 6., ad quem devolvatur ususfructus, si usufructuarius religionem profiteatur et respondet cum distinctione. Vel enim monasterium capax est in communi dominii bonorum immobilium ac perpetuorum redituum et tunc ususfructus acquiritur monasterio, quod eo fruetur, quandiu religiosus vivit. Colligitur ex *Authentica* 5. c. 5. « Ingredientem (monasterium) simul sequuntur omnes res, licet non expresse, qui introduxerit eas, dixerit et non erit dominus earum ulterius ullo modo ». Quae sententia sub. l. 13. *C. de Sacross. ecclesiis*, ita exhibetur: « Ingressi monasterium se suaque dedicant Deo: nec ergo de his testantur, utpote nec domini eorum ». Quam legem Ecclesia probavit et exstat c. *Quia* caus. 19. q. 3. « Quia ingredientibus monasterium, convertendi gratia, ulterius nulla sit testandi licentia, sed res eorum eiusdem monasterii iuris fiant, aperta legis definitione decretum est ».

An idem religiosus, si ante professionem testetur, de eodem usufructu testari poterit, ut alter eo fruatur, quandiu ipse religiosus vivit? Affirmant Sanchez *Moral.* l. 7. c. 13. n. 56. et Laymann l. c. ac Rodrig. ab hoc citatus. Monet tamen Laymann, quod religiosus potius quam usumfructum relinquere alteri poterit commoditatem eius; nam, ut vidimus n. 504. 7., ususfructus cedi non potest extraneo.

Cum vero ususfructus cessit monasterio, quod eo gaudet intuitu monachi, si hic ad alium Ordinem vel monasterium transferatur, ubi eadem facultas sit dominii habendi, transfertur quoque ususfructus, qui ius est personale et solum intuitu religiosi monasterium eodem fruitur, dum ille vivit. Ita Sanchez et Laymann l. c.

Vel religiosus profitetur in ordine incapace stabilium bonorum et perpetuorum redituum, ut est ordo Minorum de observantia et Cappucinorum, et tunc ususfructus finitur reditque ad dominum rei, seu cum proprietate consolidatur. Est communis sententia. Quia ususfructus est ius personae, quod ei tandiu inhaerere potest, quandiu ipsa capax est huiusmodi iurium, quod proinde, cessante capacitate, exstinguatur oportet.

Hinc in tali ordine religiosus professus nequit, ante professionem, testamento disponere de usufructu in favorem alterius, qui eo, post suam professionem, fruatur. Nequit enim de re non sua disponere: ususfructus autem, posita tali professione, ad dominum rei spectat. *

(a) Ius quoque italicum statuit iura usus et habitationis eo modo amitti quo usufructus amittitur art. 529.: sed de illa subtilitate nihil habet.

CAPUT VIII.

DE SERVITUTE.

XXXII. Servitutis nomen accipitur modo passive, nempe pro obligatione, qua res seu persona ita devincitur alteri, ut ipsi quodammodo serviat; modo active, scilicet pro iure quod insit cuipiam ut alterius res seu persona sibi serviat.

XXXIII. Triplex distinguitur servitus, nempe 1° personalis, quae a persona personae debetur et propria est mancipii erga dominum: 2° mixta, quae a re debetur personae, cuiusmodi sunt usus, ususfructus, habitatio: 3° realis, quae rei a re debetur et definiri potest passive quidem, onus praedio in utilitatem alterius praedii impositum, active autem, ius praedio inhaerens, ut alterum praedium sibi deserviat. De hac nobis agendum.

509.* « Servitutis et libertatis nomina, ait Vinnius *Inst.* lib. 2. tit. 3. *de Servitutibus*, etiam rebus inanimatis et brutis tribuuntur sed per translationem et longe alio significatu, quam cum personae servire dicuntur. Nam suo quaeque domino persona servit: libera est, quae dominum non habet: at res servire dicuntur, non quae domino suo serviunt; sed quae domino suo non omnia officia praestare possunt, verum quaedam coguntur praestare alteri et non domino: liberae esse, quae uni et soli domino omnia praestant, quo facit l. *Qui uti* Dig. *de verb. signif.* Etenim quod ex re sua percipit dominus, id ei res ipsa ultro praestare videtur libereque id facere... Cum autem pati cogitur, ut quaedam commoda alius percipiat, iam servire videtur, quasi omissa priore facultate, quae ei pro libertate affingebatur ». Itaque praedium serviens debet esse alienum seu alterius domini.

Huiusmodi reales servitutes, appellantur servitutes praediorum; « quoniam sine praediis consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium nec quisquam debere, nisi qui praedium habet ». *Inst.* l. 2. tit. 3. §. 3.

510. Cum ergo fundus fundo serviat, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur, ut fundus sub novo emptore serviat non secus ac prius.

Aedificia quoque fundis et fundi aedificiis eadem conditione serviunt. l. 12. Dig. *Communia praediorum* etc.

Et si praedium perit, cessat utique servitus. Veruntamen « si locus, per quem via aut iter aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta, restitutus est; servitus quoque in pristinum statum restituitur » l. 14. Dig. *Quemadm. servit. amitt.* Item « si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur; nam alioqui, si quis strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur et ideo sublato aedificio, ususfructus in-

terit. l. 20. §. 2. Dig. *de Servit. praed. urban.* Utilitas scilicet in servitutibus urbanis aliud exigit ac in usufructu (a).*

XXXIV. Cum praedia alia urbana sint, aedificia scilicet ad habitandum constructa cum adnexis hortis, stabulis etc., alia rustica, ad percipiendos scilicet et colligendos fructus comparata, uti agri, horrea, stabula etc.; hinc duplex pro ratione praedii distinguitur servitus, urbana et rustica.

511.* Auctor secutus videtur sententiam eorum, qui distinctionem praediorum in urbana et rustica repetunt a fine, ut ea praedia urbana sint, quae parata sint habitandi causa, horrea vero, quae ruri aedificentur ad fructus reponendos, stabula et huiusmodi, praedia sint rustica.

Verum si singulas servitutes, quae in iure speciatim enumerantur, consideres, facile patebit, quod ait heic cum Vinnio Heineccius, nullas servitutes rusticas utilitatem praestare aedificio, sed fundo, nullas urbanas utilitatem praestare fundo, sed aedificio: unde sequitur in iure servitutes urbanas dici, quae aedificio serviunt, ubicumque illud sit, sive in civitate sive rure, rusticas, quae fundo, seu solo sive locis puris serviunt. Ita sane in l. 3. Dig. *de Servitutibus*: « Servitutes praediorum aliae in solo (en rusticae), alia in superficie (en urbanae) consistunt ». Quando ergo de iure servitutum agatur, praedia urbana sunt aedificia, praedia rustica sunt loca aedificiis vacua, in urbe area, ruri ager, fundus: quod quidem non impedit quominus sub alio respectu praedia rustica vocentur etiam in iure aedificia rure sita atque urbana loca patentia in urbe. « Urbana praedia, dicitur l. 198. Dig. *de Verborum significatione*, omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum sit urbanorum appellatione contineri ».

512. Servitutes praediorum urbanorum sunt, altius non tollendi aedificium ne officiat luminibus vicini, item patiendi ut alter altius extollat: servitus stillicidii vel fluminis, ut quis stillicidium aut flumen vicini in tectum aut in aedes suas vel in aream vel in cloacam recipiat vel non recipiat: ius immittendi tigna in parietem vicini, ius proiiciendi tigni h. e. provehendi tigni super aream vicini, ut nusquam requiescat nisi in pariete proiicientis, sive fiat aliquid substruendi causa, ut maenianum aut subgrundam sive tegendi aedificii causa ad umbram captandum: est et servitus prospectus, ne scilicet vicini prospectui alter noceat, quae ser-

---

(a) Iure italico servitus cessat, cum res in eum statum devenit, ut usui esse nequeat. Si vero res ita restituatur ut rursus usui esse possit, servitus reviviscit, dummodo nondum sit elapsum tempus idoneum exstinguendae servituti. Eodem pacto reaedificato muro aut domo, praeexsistens servitus conservatur. C. art. 662. 663.

vitus amplior est, quam servitus luminum: ea enim ius quis habet ne officiatur ad gratiorem prospectum et liberum, hac ne lumina eius obscuriora fiant. *Inst.* l. c. §. 1. et l. 2. et 3. et 15. Dig. *de Servitutibus praediorum urbanorum.* Adverte addi in l. 2. post enumeratas servitutes « ceteraque istis similia ». Sane et fumi immittendi e. g. servitus constitui potest. l. 8. §. 5. Dig. *Si servitus vindicatur.*

Servitutes praediorum rusticorum sunt iter, actus, via, aquaeductus, haustus aquae, appulsus pecoris ad aquas, ius pascendi, piscandi, venandi, silvae caedendae, lapidis eximendi, calcis coquendae, arenae fodiendae. *Inst.* l. c. §. 2. et l. 1. 2. 3. 6. Dig. *de Servitut. praed. rust.* Additur l. 14. §. 1. C. *de Servitutibus*, ius prohibendi ne iuxta aream suam aedificium ita extollatur, ut excludatur ventus et paleae ex huiusmodi obstaculo secerni e frugibus non possint.

513. Porro omnis servitus praedii in eo est 1° ut immediate praedium praedio serviat, non homini: ideoque « *ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenare in alieno possimus* servitus imponi non potest ». l. 8. Dig. *de Servitut.:* 2° ut dominus praedii servientis vel aliquid non faciat in praedio suo vel patiatur aliquid fieri, non vero ut ipse aliquid in suo faciat in commodum praedii dominantis « Servitutum, dicitur l. 15. Dig. *de Servitutibus*, non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, amoeniorem prospectum praestet aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat ».

Est tamen aliqua exceptio. Nimirum cum ius est tigni immittendi in parietem vicini, per se obligatio reficiendi, cum opus est, parietis, ut tignum ferre valeat, spectat ad dominum praedii dominantis: nihilominus pacto intercedente, talis obligatio competere potest domino praedii servientis. l. 13. Dig. *de Servit. praed. urbanorum* et l. 6. §. 2. Dig. *Si servitus vindicetur.* Cf. Vinnium et Heineccium ad Inst. l. c. Haec proinde servitus a pluribus vocatur spuria, anomala, irregularis.*

XXXV. Servitus dicitur vel naturalis, si ex locorum natura oriatur, uti v. gr. necessitas recipiendi aquas a superiori praedio defluentes: vel conventionalis, si e pacto originem ducat, ut v. gr. concessio transeundi aut hauriendi aquam e puteo: vel legalis, si ex lege proficiscatur, uti v. gr. quae in communem utilitatem de viis publicis, pontibus etc. decernuntur.

514. * Naturalis servitus locum habet in inferiore loco prae superiore. l. 2. Dig. *de Aqua et aquae pluviae etc.:* « In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: *lex* (h. e. conventio, l. praeced. §. 23.), *natura loci* et *vetustas* (seu consuetudo) » (a).

(a) Iure italico servitus praediorum constituitur aut lege aut facto hominis. C. 532.: sed lex comprehendit et eas servitutes, quas natura loci postulat art. 536.

515. Porro servitus conventionalis ea est, de qua hactenus locuti sumus. « Servitus praedii, ait Vinnius *Inst.* l. 2. tit. 3. §. 4., a lege non constituitur: sed potest, re exigente, a iudice constitui in iudiciis familiae erciscundae et communi dividundo, in pluribus praediis dividendis, unum uni, alterum alteri adiudicante et alterum alteri servum faciente. Extra hunc casum a solo praedii domino constituitur ». Sed et qui usumfructum habet, emphyteuta, potest servitutem imponere; nam et emphyteuta inter dominos quodammodo censetur. Item vassallus. « Constituitur, ait Vinnius l. c., autem a domino duobus modis, conventione et ultima voluntate. In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutem requiruntur, *pactio* ad transferendum dominium comparata (cuiusmodi est, stipulatio, emptio, donatio) et *traditio* seu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet (cuiusmodi est ius servitutis), puta inductio acquirentis in praedium servum aut usus acquirentis et domini constituentis patientia. l. ult. Dig. *de Servitut.* l. 1. §. 2. ibid. *de Servitut. praed. rustic...* Suprema voluntate constituitur servitus, cum ea alicui testamento legatur; in qua constitutione nihil praeter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione heredis acquiritur ». Cf. dicta c. VI. Itaque quis potest testamento heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus vicini officiat, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere aquamve ex ea ducere etc. Inst. l. c.

Adde tertium modum acquirendae servitutis, h. e. praescriptionem, de quo mox (a).

Auctor meminit servitutis *legalis*, quae ad communem utilitatem in viis publicis e. gr. per praedia constituitur a lege. Sed haec non est servitus praedii ad praedium et qua frui non potest nisi qui habet praedium, de qua nunc loquimur (XXXIII.). Ea spectat ad utilitatem personae et dici poterit servitus quaedam personalis aut *usus*: quamvis non iisdem modis ac usus exstinguatur.*

XXXVI. Insuper servitus vel continua censetur, vel discontinua. Prior est, quae, quantum ex se est, vel actu vel potentia usum habet vel causam continuam citra hominis operam, uti servitus aquaeductus vel tigni aut stillicidii admittendi. Posterior vero, cuius usus pendet ab actione hominis, uti iter, haustus aquae, ius venandi etc.

XXXVII. Denique servitutes distinguuntur in affirmativas et negativas. Appellantur affirmativae, in quibus ius tribuitur ad aliquid agendum circa rem alterius, v. gr. im-

---

(a) Iure italico servitutes continuae et apparentes (quae nempe signo visibili manifestantur, ut porta, fenestra, aquaeductus C. art. 618.) constituuntur vi tituli aut praescriptione 30. annorum aut destinatione patrisfamilias. Servitutes vero continuae non apparentes (h. e. quae carent signo visibili, ut servitus non attollendi l. c.) et servitutes discontinuae, sive apparentes sive secus, nequeunt statui nisi mediante titulo. Possessio, licet immemorialis, non sufficit ad eas constituendas artt. 629. 630.

mittendi tigni, stillicidii etc. Negativae autem, in quibus ius datur ad impediendum, ne quid in praedio alterius agatur, v. g. ne domus altius attollatur, ne propius aedificetur, ne aperiatur fenestra etc.

516.* Res clarae sunt. Cf. tamen Vinnium Inst. l. 2. tit. 3. qui monet, ex veterum definitione l. 28. Dig. *de Serv. praed. urb.*, omnes servitutes perpetuam causam habere debere; ut idcirco neque ex lacu (seu lacuna, quae vivam aquam non habeat) neque ex stagno concedi aquaeductus possit. l. cit. Et causa quidem servitutis dicitur, id cuius gratia sive arcendi a nostro sive in nostro habendi servitus est constituta, ut aqua in stillicidio et aquaeductu: perpetuum autem veteribus est, non quod assiduum est iugiterque perseverat, sed quod ex naturali causa oritur: naturale scilicet, etsi non assiduum, perpetuum censetur, quemadmodum et natura; id videre est e. g. in servitute fumi immittendi.*

XXXVIII. Obligationes, quas ius servitutis utrique parti imponit, generatim hac norma constringi possunt, ut neque dominus praedii servientis quidquam agat, ex quo minuatur utilitas alteri praedio ex suo iure profluens, neque dominus praedii dominantis quidquam praestet, quo gravius evadat praedii servientis onus.

517.* Norma haec ex ipsius servitutis natura desumpta non eget ulla declaratione.*

XXXIX. Ius servitutis cum aliis modis, tum etiam usucapione acquiri potest.

Et siquidem titulus adsit, v. gr. concessio ab eo facta, qui concedere non poterat, ac bona fides; servitus, sive continua sit sive discontinua, praescribitur decem annis inter praesentes, viginti inter absentes: neque hic requiritur scientia et patientia illius, contra quem praescribitur.

518.* Hic est tertius modus acquirendi iuris servitutis (cf. sub. n. XXXV. 515.). Colligitur ex l. 12. *C. de Praescript.* ubi in fine dicitur valere pro praescribendis rebus quoque incorporalibus, quae in iure consistunt, quales sunt ususfructus et ceterae servitutes, ea, quae universim hac in lege sunt constituta pro legitima praescriptione longi temporis (nempe decem annorum inter praesentes, viginti inter absentes), quae cum titulo utique et bona fide incepit. Inter ea porro et illud est, quod scientia ideoque et patientia eius, contra quem praescribitur, non requiratur.*

XL. Si vero non adsit titulus, servitus continua cum bona fide et cum scientia ac patientia adversarii praescribitur inter praesentes decennio, inter absentes vicennio. Si enim is, cuius interest, scit et permittit tanto tempore, censetur hoc ius sponte concedere. Qui tamen hoc pacto praescribit, ostendat oportet, actus illos se exercuisse non vi aut precario et ex alterius gratia, humanitate aut amicitia, sed veluti ex iure. Quando autem servitus et titulo caret et est discontinua, non praescribitur nisi tempore immemorabili, cuius nempe initii non exstet memoria.

519.* Prima pars colligitur ex l. 1. *C. de Servitutibus.* « Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito (per iudicem) exercere non prohiberis. Si qui iudex erit, longi temporis consue-

tudinem vicem servitutis (seu legis imponentis servitutem cf. l. 1. §. 23. Dig. *de Aqua et aquae pluviae*) obtinere sciet: modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet ». Item ibid. l. 2. « Si aquam per possessionem Martialis, eo sciente, duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti ». Non requiri autem titulum docet l. 10. Dig. *Si servitus vindicetur*. « Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit; non est ei necesse docere de iure, quo aqua (h. e. servitus aquae) constituta est, veluti ex legato vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se, non vi non clam, non precario », idest domino praedii servientis sciente et patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usum esse.

520. Item certi iuris est, per actus merae facultatis seu gratuitae concessionis non induci possessionem iuris ideoque neque praescriptionem. Idcirco si quis tibi e. g. permittat per suum fundum iter facere et appareat ex mera gratia non debita facere, nunquam inducitur servitus. « Servitute usus non videtur nisi is; qui suo iure uti se credidit » l. ult. Dig. *Quom. serv. amitt.*

Altera pars, qua aliquid speciale statuitur pro servitute non solum titulo carente sed et discontinua, colligitur, ait Laymann l. c. ex l. 14. Dig. *de Servitutibus*, ubi Paulus negat servitutes praediorum rusticorum et urbanorum usucapi eo quod tales sunt servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem.

521. Simplicius forte totam hanc rem de usucapione seu praescriptione servitutum proponit Vinnius Inst. l. 2. tit. 3. §. 4. « Modus per usum et possessionem nostram capiundi servitutem duplex est. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam a non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit l. ult. in fin. C. *de praesc. longi temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo praecedente, ceterum nec vi nec clam nec precario, idest domino praedii servientis sciente et patiente per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus l. 10. Dig. *Si serv. vindic.* l. 1. in fine. *De aqua et aquae pluviae etc.* l. 2. C. *de Servit.*; ut heic scientia et patientia domini loco tituli aut boni initii et traditionis sint possidenti et longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est a non domino (Inst. l. 2. tit. 6. *De usuc. in pr.*) sed tunc dominum nihil iuvat ignorantia leg. ult. cit. *C. de praescr. longi temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item: alioquin tradita statim sine usucapione acquireretur. Sententia communis ».*

XLI. Cum autem ad inchoandam praescriptionem necessaria sit possessio, advertendum diligenter est initium possessionis aliter accipi in servitutibus affirmativis, aliter in negativis. In affirmativis enim incipit possessio ab ea die, qua quis tali iure utitur, bona fide; in negativis vero possessio incipit ab ea die, qua alterum contraria molientem prohibes atque impedis.

522.* In affirmativis ergo requiritur usus, cum bona fide, iuris, sciente et patiente domino: in negativis, quod prohibeas alterum quid facientem, ipse vero prohibitionem sciens patiatur. Laymann. l. c.*

XLII. Quemadmodum autem ius servitutis ita et libertas a servitutibus usucapi potest. Qua de re generalis est regula, servitutes omnes, quae non usu amittuntur, decem annis exstingui inter praesentes, viginti inter absentes.

In hoc tamen discrimen est inter servitutes urbanas et rusticas. Nam rusticae exstinguuntur per solum non usum nec necessaria est alterius ignorantia neque oportet, ut adsit titulus, aut ut dominus praedii aliquid agat, quo suam libertatem usucapere incipiat. Urbanae autem non amittuntur per solum non usum; sed requiritur, ut possessor loci servientis aliquid faciat bona fide et cum adversarii patientia, quo libertatem usucapere incipiat.

523.* Non usu amitti servitutem constat l. 6. Dig. *de Servit. praed. urban.* et l. 17. ac. l. 19. §. 1. Dig. *Quemad. servit. amitt.* Qua in re adverte quod usus non est tantum, cum is, cui debetur, utitur servitute, sed et si per alium utatur, puta, per mercenarium aut colonum aut fructuarium, aut hospitem aut amicum l. 20. *eod. tit.* Exstingui porro decem annorum spatio inter praesentes, viginti inter absentes constat ex l. 13. *C. de Servit.* Addunt quidam quod si servitus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte, quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicandum sit tempus, ut adversus praesentes 20. annorum spatio, absentes 40. libertas a servitute praescribatur l. 7. Dig. *Quemad. servit. amitt.* « Si sic constituta sit aqua ut *vel aestate ducatur tantum vel uno mense,* quaeritur quemadmodum non utendo amittatur; quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus: itaque et si *alternis annis vel mensibus* aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur. Si vero *alternis diebus aut die toto aut tantum nocte,* statuto legibus tempore amittitur; quia una servitus est ». Nihilominus apud Romanos iter sepulcro debitum nunquam amittebatur non usu l. 4. Dig. *Quemad. servit. amitt.*

524. Discrimen quoad usum inter servitutes urbanas et rusticas habes l. 6. Dig. *de Servit. praed. urb.* « Haec autem iura (praediorum urbanorum) similiter ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore, non utendo pereunt. Nisi quod haec differentia est, quod (servitutes praed. urban.) non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiant et ego per statutum

tempus fenestras meas praefixas (occlusas) habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum obturaveris et per constitutum tempus ita habueris: alioquin, si nihil novi feceris, integrum ius meum permanet ».

Ratio discriminis est, quia servitutes urbanae, nihil exercitii habent, sed in sola eius, qui debet, patientia consistunt; idcirco solo non usu amitti nequeunt.

525. Tandem adverte amitti servitutes et libertatem praediis acquiri aliis quoque causis: Nam amittitur servitus, soluto iure auctoris: ut si ab emphyteuta vel vasallo imposita sit, cessat, cum praedium ad dominum redit; nam resoluto iure dantis, solvitur quoque ius accipientis, ut notatur in l. 31. Dig. *de Pignoribus* etc. Amittitur praeterea servitus remissione tum aperta l. 14. §. 1. Dig. *de Servit.* tum tacita, puta si permisero domino fundi servientis id facere, quo servitus impediatur l. 8. Dig. *Quemad. servit. amitt.* Rursus amittitur confusione, cum nempe praedium serviens transit in dominium domini praedii dominantis l. 1. Dig. eod. tit. l. 30. Dig. *de Servit. praed. urban.*: nemini enim res sua servit (a).

526. Hactenus actum est ἐν τύπῳ de *iure in re;* de iure ad rem, quod ex obligationibus oritur, quae vel ex contractu vel ex delicto originem ducunt, cum ex facto hominis pendent, locus tractandi opportune se offeret in seqq. ubi de restitutione et de contractibus sermo erit. De modis autem mutandi aut exstinguendi iura et obligationes, dicemus in fine tractationis de Contractibus. Licet ergo gradum facere ad declarationem 7. Praecepti. *

(a) Iure italico servitus per non usum exstinguitur spatio 30. annorum C. art. 666. In affirmativis possessio utilis pro praescriptione computatur a die, quo proprietarius fundi dominantis coepit eam exercere in fundo serviente: in negativis a die, qua proprietarius fundi dominantis formali actu domino fundi servientis prohibitionem significavit, ne quid faceret. C. art. 631.

PARS II.

DE VII PRAECEPTO.

et speciatim

De furto et restitutione.

I. Cum in hoc prohibeatur omnis iniusta damnificatio in bonis proximi, quae fit 1. per furtum et rapinam, 2. per omissionem reparationis damni illati, 3. per iniquitatem contractuum, de hîs tribus hìc agendum.

1. Nota triplicem esse iniuriam, quae fieri alteri potest: 1° est in bonis corporis et animae: 2° in bonis famae et honoris: 3° in bonis fortunae. De hac postrema in tr. de 7° Praecepto sermo est: quae triplici modo, ut ait A., inferri potest. De aliis iam suis locis dictum est: de quibus tamen rursus instaurandus erit sermo, cum de restitutione disputabitur, quae amplius patet, quam iniuria in bonis fortunae et quae proinde pertractatur postquam de singulis iniuriis actum est.

Iuvat heic breviter notionem iniustitiae praestituere, prout generatim omnes actiones iniustas complectitur.

2. Iustitiae opponitur *iniustitiae vitium*, quae definitur *laesio iuris alieni.*

Dicitur etiam *iniuria*, quanquam haec vox presse sumpta penes iurisconsultos reservatur *contumeliae* seu iniustae alieni honoris laesioni, ex qua iuxta ius civile oritur *actio iniuriarum*. Nos promiscue sumimus.

Iniuria differt a simplici offensa, quae latius patet et definiri potest laesio beneplaciti rationabilis alterius, seu alienae voluntatis irritatio, dum scil. quis alteri contra eius voluntatem molestiam infert et ius tribuit ad iram; quin tamen ius aliquod proprie dictum laedat. Sic v. gr. dum amico negas favorem, commodandi librum, quo facile carere potes et quo ille vel maxime indiget, das sufficiens motivum aversionis nec tamen facis ei iniuriam. Sic quaelibet laesio caritatis in proximum.

3. Iniuria 1° vel est *formalis* vel *materialis*, prouti vel inculpabiliter vel culpabiliter ius alienum laeditur.

2° Alia *personalis* dicitur, alia *realis*, prout iura alterius laeduntur vel directe in persona, in bonis scilicet vel animi vel corporis, vel in bonis extrinsecis.

3° Alia est *mera* iniuria, alia iniuria *damnosa*. Prior est, quae laedit quidem ius alterius, non tamen et damnum eidem affert, v. gr. contumelia alicui, nemine alio praesente, illata: adulterium occultum, nulla suscepta prole etc. Altera quae damnum infert, uti furtum, adulterium suscepta prole etc.

4. Quoad iniuriam notanda est doctrina s. Thomae, quam omnes admittunt 2. 2. q. 59. art. 3.: « Dicendum, quod iniustum, *per se* et *formaliter* loquendo, nullus potest facere nisi volens, nec pati nisi nolens ».

Et prima pars per se patet; quia nemo peccat, nisi volens. Hinc fit, ut amentes v. gr. et bruta laedere quidem dicantur, non autem facere iniuriam.

Prob. 2ª pars, quia nemo iniuriam patitur, nisi ius eius violetur: atqui non potest ius illius violari, nisi ipso nolente vel expresse, si sciat, vel interpretative et implicite, si nesciat, atque ita sit affectus, ut si sciret, nollet. Nam si velit, vel certe positive permittat (sia contento) se laedi, iam cedit iuri suo illudque abdicat vel certe illud in laedentis arbitrio ponit ac proinde ipse quidem laedetur, ius tamen, quatenus ius est illius, non violatur. Sic vineae dominus, si ius suum retinere vult in uvas suas, iniuriam patitur, si auferantur; si vero ius retinere non vult facultatemque auferendi facit, non patitur iniuriam; quia ius remittit et donat.

5. Hinc vero est regula 27. iuris in 6. « Scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus ». Quod et ius civile habet in l. 145. Dig. *de Div. regulis iuris antiqui:* « Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt ».

Haec tamen effata rite intelligenda sunt.

Ac 1º ut quis vere dicatur *sciens*, necesse est ut absit quilibet error eiusmodi, qui per se a consentiendo distineret.

Ita non censetur consentire, qui permittit auferri sibi annulum, quem cupreum putat, cum sit aureus. Sic non censetur quis consentire in donationem aut retentionem rei, quam largitur illi, a quo putat se magnopere adiutum in consequendo v. gr. officio, qui tamen nihil aut parum adiuvit.

2º Ut dicatur consentiens, debet esse consensus ita liber, ut consentiens non patiatur iniuriam in extorsione ipsius consensus; esset enim actus voluntarius, sed simul involuntarius ita, ut in dominii abdicationem non consentiat. Ideo iniuria fit in fortunae bonis a latrone, licet quis ad vitanda alia mala pecuniam ei det idemque generatim dicendum de consensu extorto per iniustum metum. Hinc leges de matrimonio, de professione religiosa, de sacra ordinatione emissis aut admissis ex tali metu.

3º Item patitur iniuriam, qui urgente necessitate quapiam ab alio adigitur ad aliquam sui laesionem, quam, absente necessitate illa, nollet atque adeo non consentit in dominii abdicationem. Ita dicendum est de usuris, quas in necessitate constitutus quis solvit mutuanti pecuniam: id ipsum de famulis, opificibus, ancillis dicere est, quibus iniuria fit, licet videantur consentire, dum detrahitur ipsis pars salarii contracti.

6. Ceterum effato illi « *scienti et consentienti non fit iniuria* » plura videntur contradicere.

Nam 1° si ita est, non erit ergo contra iustitiam interficere semetipsum.
2° Neque erit contra iustitiam occidere alterum volentem occidi.

Resp. 1° Non inde sequeretur, carere delicto occisionem sui aut alterius *volentis:* tantum quaestio verteretur, an haec essent peccata adversus iustitiam commutativam. Porro nemo ignorat, posse hominem peccare contra caritatem, quam debet sibi eamque actionem adversus iustitiam esse posse relate ad alterum. Etsi ergo certum sit, neminem sibi proprie dictam iniuriam inferre; tamen nullius momenti forent illa consectaria, quod scil. praedicta licita sint.

Imo quae alias (de 5° praec. n. 20.) adnotavimus, suadent, peccari etiam adversus iustitiam in utroque casu: Etenim diximus dominium vitae hominum sibi a Deo reservatum fuisse. Iniustus ergo homo esset, Dei iura violans, sive dum se sive dum alium volentem occidit.

Resp. 2° Verum aliud suppetit responsum ex solutione alterius quaestionis, quae opiniones DD. divisit.

7. Nam ex effato illo « *scienti et consentienti non fit iniuria* », quidam concluserunt, abesse ergo iniustitiae crimen in peccato carnali cum coniuge alterius, si coniux alter in id consentiat. Hinc deducebant, in casu non esse necessarium, ut poenitens circumstantiam adulterii confitendo exprimeret, ut habet Prop. 50. damnata ab Innocentio XI. « Copula cum coniugata, consentiente marito, non est adulterium; adeoque sufficit in confessione dicere, se esse fornicatum ».

Alii respondent (vid. Becan. *de Iure et iustit.* cap. 59. q. 3. n. 2.) *peccari contra legem matrimonii:* quae responsio obscura est, sed tamen exigit, ut circumstantia adulterii in confessione sit exprimenda, si lex matrimonii differat a iure mariti servando.

Alii melius animadvertunt, distinguenda esse iura alienabilia seu abdicabilia a iuribus, quae nequaquam alienari aut abdicari possunt. Quando enim ius non sit abdicabile atque adeo non pendeat a libera voluntate illius, cuius est ius, patet, consensum illius irritum esse ad hunc effectum, neque efficere, quominus peccetur contra iustitiam. Aliis verbis: si quis forte destituatur iure *valide* consentiendi, consensus eius in iniuriosam actionem in aestimatione morali nullus est: perinde est igitur ac si consensus plane abesset, atque adeo actio manet iniuriosa.

8. Ea de causa clericus, utut consentiat, tamen iuri cedere non potest, quo a foro civili eximitur et licet consentiat in sui traductionem ad tribunal laicum, non minus fit ipsi iniuria.

Eodem modo si pupillus consentiat in ablationem bonorum suorum, aut religiosus consentiat in alienationem bonorum monasterii sui: qui ea accipit censetur iniuriam facere; quia consensus eorum invalidus est.

9. Utrum idipsum dici posset de adulterio, cui alter coniux consentiret,

quidam dubitarunt. Hinc alii praeter legem matrimonii (vid. Viva in prop. 50. damn. ab Innoc. XI. n. VI.), contra bonum prolis esse dixerunt ac duplicem iniuriam adnotant, nempe tum in prolem propriam adulteri, quia non nascitur ex muliere sibi iuncta matrimonio, quod ad bonum educandae propriae prolis requiritur: tum in prolem alienam, cuius bonum impedit, dum ad non suam accedit. Et haec quidem satis superque sunt, ut damnationi propositionis prospiciatur (ita Viva, sed obscure). Ex s. Thom. 2. 2. q. 154. art. 8.

Et hic quidem est casus, quo ius mariti inalienabile censetur, quatenus cum agatur de iure propriae prolis, cuius ius laeditur per adulterium, non potest maritus abdicare ac veluti renuntiare iuri alterius, quod ipse servare tenetur.

10. Verum et ius ipsum mariti in uxorem dicendum ita est inalienabile, ut invalidus sit consensus, quatenus renunciare iuri sibi proprio existimetur, iuri videlicet, quod in corpus coniugis habet.

Et hoc sane est argumentum, quo oppositum suadere quidam voluerunt (Lugo disp. 8. sect. 1. n. 15.). Quemadmodum, inquiunt, maritus non potest ius radicale abdicare, quod ex vi matrimonii habet in coniugis corpus, potest tamen renunciare iuri proximo per pactum ita, ut ex iustitia se obliget ad non utendum iure illo radicali (id contingit, cum consentit coniux ut alter coniux aut sacros ordines suscipiat, aut vota religiosa emittat): pari modo licet abdicare a se non possit maritus radicale ius, quod habet, quo scilicet ex iustitia obligare potest uxorem ad non fornicandum, potest tamen se obligare ad non utendum hoc iure, scilicet ad non volendum obligare uxorem ex iustitia, ne cum aliis fornicetur.

Atqui eiusmodi argumentum non est satis firmum. Namque utique in matrimonio duo fiunt marito et vicissim uxori iura: alterum ut coniugali uti iure possit, alterum ne eodem iure uti possit extraneus. Quod utrumque ius aptissime explicatur per mutuam corporis traditionem, cuius traditionis consectarium innuit egregie Paulus, ubi inquit 1. Cor. VII. 9.: « Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir: similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier ».

At vero dum ius fit marito non solum utendi corpore uxoris, sed praeterea ius fit, ne corporis uxoris sibi traditi potestas alteri fiat, ita ut uxor iniustitiae rea sit, si corporis, quod marito iam tradidit, alteri copiam faciat, nullo modo existimandum est hoc secundum ius seu debitum servandae fidei pendere a voluntate alterius invicem coniugis; sed dicendum est illud ius, utique consequens et consentaneum naturae illius contractus, *esse a natura ipsa*, quae exigit, ut corpus mulieris non solum sit in viri potestate, et quidem sit in viri potestate non infinite, sed solum ad usum ab ipsa natura determinatum, sed praeterea ut sit in potestate viri so-

lius, non autem alterius. Atqui si, posito semel contractu matrimonii, ius, quod fit exclusive marito, non fit ipsi marito ex mariti voluntate, sed *exigitur a natura*, palam est, hoc ius inalienabile et inabdicabile esse: ius autem inalienabile non potest naturam suam immutare per consensum, qui eo ipso est irritus. Ergo adulterium semper est violatio iuris, iuris nempe quod non voluntate sua alteruter coniux sibi asserit, sed asseritur et fit ab ipsa natura.

CAPUT I.

DE FURTO.

Dub. I.

Quid furtum.

II. Resp. Est occulta et iniusta rei alienae ablatio, invito rationabiliter domino. Quod si res sit sacra, dicitur sacrilegium, de quo supra. Si aperte cum vi fiat, est rapina, a furto specie distincta. Licet autem furtum, ceteris paribus, quam rapina levius sit et ex genere suo minimum inter ea, quae circa proximum committuntur, est tamen mortale, si quantitas sit notabilis. Ita communiter omnes. V. Bon. d. 7. q. 8.

11. Consentiunt omnes furtum ex genere suo peccatum esse mortale: contrarium est enim caritati, ut argumentatur s. Thomas 2. 2. q. 66. a. 6. Sane in decalogo ea prohibentur, quae finis consecutioni opponuntur, quaeque proinde ex genere suo sunt mortalia: septimum autem praeceptum est: *non furtum facies* Ex. XX. 14. Quocirca inter mandata servanda ut ad vitam ingrediamur et hoc recensetur a Domino Matth. XIX. 17-18. et Apostolus 1. Cor. VI. 10. inter eos, qui regnum non possidebunt, enumerat quoque *fures* κλέπτας, qui occulte surripiunt et *rapaces*.

Iam vero definitio furti est s. Thomae 2. 2. q. 66. art. 3.: *Propria ratio furti est, ut sit occulta acceptio rei alienae*. Communius est occulta ablatio rei alienae, domino rationabiliter invito. Auctor addit « *iniusta* », quod tamen intelligitur sub illa vocula *rationabiliter*. Cum dicitur *ablatio*, distinguitur a mera damnificatione, quae nullum lucrum affert. Abs re igitur quidam exemplum *gravis furti* reperiunt, si quis acum sartori surripiat, sine quo laborare nequeat. Gravis enim erit damnificatio, non vero grave furtum.

Per ablationem intelligitur etiam *detentio rei iniusta*, quae v. gr. est in non restituendo pignore, commodato, deposito: in utendo his, quae utenda non sunt data, ut commodato, pignore. Haec certe ex iure civili dant actionem furti.

Ablatio *rei* intelligitur rei sive mobilis sive immobilis, contra ac in iure civili habeatur. Intelligitur *rei* nomine etiam mancipium, vel persona libera, uti filiolus. *Alienae:* intellige vel quoad proprietatem, vel quoad

usum, vel quoad fructum, vel quoad detentionem legitimam, v. gr. contra commodatarium, conductorem, depositarium, pignoratarium etc. Unde *fur* esse potest etiam dominus rei. « Aliquando etiam rei suae furtum quis committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit ». Inst. l. 4. tit. 1. §. 10.

Ablatio *occulta* dicitur, ut furtum distinguatur a rapina, quae est *aperta ablatio et cum violentia:* idcirco furtum non ideo dicitur *ablatio occulta,* quasi ipsum committi nequeat praesente et vidente rei domino; nam si fiat sine vi, adhuc erit furtum: sed ut significetur absentia violentiae illatae domino, quae certe non infertur, cum occulte res surripitur.

Porro cum illud additum *occulta* in definitione furti, quodammodo impeditam reddat notionem: hinc aliter alii definiunt furtum, ut videre est apud Croix lib. 3. p. 1. n. 940. Ita e. g. Molina: « Acceptio iniusta boni externi absque vi et absque ullo consensu eius, cuius est saltem quoad legitimam detentionem ». Inst. l. 4. tit. 1. el l. 1. Dig. *de Furtis,* furtum est. *Contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi grat.a, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve.*

Quo spectet additum *invito domino,* patet; nam secus nec iniuria est (n. 4.) nec furtum proinde concipi potest. Nomen vero *domini* late est accipiendum; nam et ille intelligitur, qui iure rem detinet.

12. Quid, si rem auferas domino praesente et vidente et non contradicente?

R. Si taceat ex metu aut verecundia, furtum est, quia dominus est invitus. Secus censetur consentire.

Si quis praesumat prudenter dominum esse contentum et certo daturum si rogaretur, non peccat saltem graviter, si auferat. Lugo. d. 21. n. 54. Ratio, quia dominus non censetur graviter invitus saltem quoad substantiam, quamvis forte sit invitus quoad modum. Est tamen saltem *veniale* tum ob *respectum humanum,* tum quia quoad modum fit contra voluntatem domini, qui non vult carere re sua, nisi sciens volensque se abdicet.

Ceterum ad excusandum a furto non requiritur positiva voluntas domini, sed satis est eum nec esse nec fore graviter invitum quoad substantiam.

Si postea advertas, esse invitum quoad substantiam, rem retinere non potes; quia cessat praesumptio, quae excusabat.

13. Apposite advertunt Doctores (Croix n. 941.) nomine furti quaedam venire apud Theologos, quaedam alia apud Iurisconsultos: v. gr. non censetur civiliter furtum, si coniuges invicem aliquid sibi auferant, si tutor usurpet bona pupilli, si heres auferat ex hereditate nondum adita, cum tamen Theologi in his furtum agnoscant: sed iuristae vocant crimen v. gr. *rerum amotarum, hereditatis expilatae, rationum distractarum* etc.

Porro si quando ecclesiastica poena feratur in furtum, hoc non iuridice, sed theologice est intelligendum.

14. Rapina est iniusta contrectatio rei alienae cum vi facta domino vel legitimo detentori, vel est violenta ablatio rei alienae etc. Distinguitur theologice specie a furto, quia superaddit vilipendium et iniuriam contra personam domini praesentis et renitentis, qui tamen violari non deberet ob praeeminentiam iuris sui in re sua.

Vis intelligitur non solum violentia et impetus, qui corpori infertur, sed metus etiam gravis iniuste incussus, vel minae aut intentatio mali, sive a latrone fiat sive a vicino praepotente sive a principe, sive per litteras sive verbis etc.

Vis tamen non intelligitur effractio portae ad furtum committendum, aut si fur vim inferat furi, ut rem praeoccupet, sed inferri debet rei domino aut custodi.

N. B. Solus metus incussus non praebet in iure civili actionem *de vi raptorum bonorum*, sed *quod metus causa*.

15. Rapina a quibusdam ponitur ut *species furti;* sed minus exacte: est species iniustae *ablationis*, non furti, quod rapinae opponitur. De rapina, prout est a furto distincta, non opus est ut speciatim loquamur: nam de violentia illata personae, per quam a furto distinguitur rapina, iam dictum est sub praecepto 5.

Adde speciem sacrilegii, quae accedere potest tum furto, tum rapinae. Triplex autem est « sacrum de sacro: sacrum de non sacro: non sacrum *de sacro*, quod accipiendum de re aut propria aut deposita penes Ecclesiam, non vero mere de loco; quia esset potius *in sacro*. Vid. de 1. *Praec.* n. 205.

16. Species quaedam furti sunt iuridicae, quae ad nos non spectant. *Manifestum*, quando deprehenditur cum re furtiva nondum delata ad locum, ubi volebat deponere: *non manifestum*, quando non ita deprehenditur.

Diurnum, quando fit eo diei tempore, ut fur cognosci possit: *nocturnum*, quod fit in tenebris, ut fur agnosci non queat: ex iure romano nocturnus fur impune occiditur, tamen clamore idipsum testificari oportet: non tamen licet, si sine periculo suo parcere furi liceat. Cf. 5. praec. n. 65.

Aliud *qualificatum* vel non *qualificatum*. Dicitur *qualificatum*, quod speciales habet poenas ac nomine suo etiam gaudet. V. gr. *peculatus*, furtum sc. circa res fisci aut principis, quo revocatur distractio publicae pecuniae, adulteratio monetae etc. *Abiegatus*, abductio scilicet, qua a grege abigantur plura animalia aut saltem unum e maioribus, uti *bos*, *equus*, etiamsi e *stabulo*. *Plagium*, si dolo malo supprimatur homo liber

vel servus alienus, vendatur, permutetur, donetur: de quo crimine et Ex. XXI. 16.

17. Quoad furti gravitatem, omnia plana, si generatim res consideretur.

Quoad rapinam, haec fere gravem contemptum et offensam involvit.

Tamen si rapina fieret sine magna vi ac contemptu vel contristatione domini praesentis, in ratione iniuriae personalis posset esse solum peccatum veniale atque ideo satis esset in confessione dicere: *abstuli v. gr. ovem.*

Unde resolves.

III. 1. Qui alienum accipit per iocum, vel ob bonum aut commodum illius, a quo accipit, non furatur: v. g. si uxor auferat marito pecunias, ne ludis aut comessationibus prodigat, aut vinum, ne inebrietur, aut librum haereticum, ne legat: aut famulus det eleemosynam non nimis magnam valde indigenti, in qua dominus rationabiliter non sit invitus, a quo tamen ob verecundiam vel aliam causam non audeat petere. V. Less. l. 2. c. 12.

18. Sporer (*De oblig. Eleemosyn.* n. 77.): « De bonis dominorum per se non possunt (famuli, ancillae) facere eleemosynas, cum nullam habeant administrationem bonorum domini sui, nisi similiter de expresso vel tacito eorum consensu, qui heic facile praesumi debet de rebus parvi momenti et quae alias inutiliter perirent ».

IV. 2. Qui pro se, vel alio in extrema necessitate constituto alienum accipit, quantum necessarium est, nec furatur nec tenetur restituere postea sic absumptum; siquidem re et spe indigens fuit. Idem docent Lessius, l. c. d. 12. Malderus, Dian. etc. de necessitate gravi. Verum id probabilius alii negant, cum Laym. l. 3. t. 3. p. 1. c. 1. n. 7. ex s. Th. 2. 2. q. 66. a. 7. Sylv. Ang. V. Dian. t. 1. p. 2. t. misc. r. 20. C. Lug. d. 16. s. 7. * et merito, quia recenter damnavit Innoc. XI. Proposit. 36. *

19. Necessitas *extrema* (ut idem Busemb. alibi habet, ubi de eleemosyna) dicitur, ex qua egenti imminet periculum vitae vel etiam gravis ac diuturni morbi (quod alterum ex Diana refert, sed melius ad aliam classem refertur): item si mors non immineat quidem; sed incurri possit intra aliquod tempus, etiam trium mensium vel, cum Caietano, si periculo mortis, etiam distantis, alia via occurri non possit, dummodo periculum sit moraliter aut fere moraliter certum v. gr. si diuturna sit navigatio, quam nequis omittere et alimenta pro toto tempore non habeas. Neque enim, inquiunt, eousque differendum, dum periculum vel necessitas urgeat.

Adde, necessitatem imminere posse non tantum ex causis naturalibus, sed etiam ex hominum malitia, ut si occidendus sis a latrone, vel in perpetuam aut gravissimam captivitatem abducendus sis, nisi alienam

pecuniae summam tradas, ut habet Gury 5. tom. 1. §. 619. Periculum quidem captivitatis ad sequentem necessitatem potius spectaret.

Huc alii revocant necessitatem, quam dicunt *quasi-extremam*, alii gravissimam dicunt, v. gr. periculum incidendi in gravissimam calamitatem aut malum fere morti aequivalens, quale esset mutilatio membri aut amissio oculorum, carcer perpetuus, perpetua infirmitas aut amentia, si homo dives deberet mendicare ostiatim aut nobilis se dare arti mechanicae, aut famulari. S. Alph. addit n. 520. gravissimae infamiae periculum proximum: cf. et n. 571.

Gravis dici solet necessitas, ubi gravis mali immineat periculum, v. gr. infamiae, captivitatis, gravis iacturae bonorum, vel status, uti si vir honestus deberet mendicare etc. Addit Croix (lib. 2. n. 196.) periculum incidendi in magnam miseriam, quae vitam reddat notabiliter molestam, uti si qui commode vivebat, victitare debeat pane solo et oleribus, qui esset prope nudus cum magna ignominia, vel prae frigore periclitaretur gravi morbo, aut dormire cogeretur in terra seu in tabulis cum periculo valetudinis etc.

Illud sane adverte, diversos Doctores ad diversam classem necessitatis revocare quaepiam mala et inde oriuntur dissensiones in resolutionibus; cum tamen reipsa discordia fere sit in solo modo loquendi. Ita quaedam saltem exempla *gravis* necessitatis facile revocabis ad casus praemissos necessitatis *quasi-extremae*.

Communis dicitur, qua laborant mendici triviales. Addit Croix ibid. n. 194., quando est aliquod incommodum in necessariis ad vitam et statum, non ita tamen ut reddat vitam nimis miseram aut molestam iuxta statum patientis: quo in statu plerumque sunt pauperes ostiatim mendicantes.

20. In extrema necessitate licet aliena surripere sibi necessaria. Est communis doctrina, quia ius humanum dominii, quod invaluit divisione rerum facta, quam utique ipsa natura suggessit, debet cedere iuri naturae, seu iuri, quod quilibet homo a natura obtinet utendi his bonis pro sua conservatione. Quocirca, ut ait s. Thomas 2. 2. q. 66. a. 7.: « Uti re aliena occulte accepta in casu necessitatis extremae, non habet rationem furti, per se loquendo; quia per talem necessitatem efficitur suum id quod aliquis accipit ad sustentandam propriam vitam ». Imo « in casu similis necessitatis etiam potest aliquis occulte rem alienam accipere ut subveniat proximo sic indigenti » ibid. ad 3. Se haberet enim ita succurrens veluti instrumentum indigentis.

21. Quapropter pauper impedientem eum ne necessaria accipiat, potest vi repellere, etiam, si opus est, occidere, non secus ac quis potest occidere furem. Lessius l. 2. c. 12. d. 12. n. 69.

Si vero alter sit in eadem necessitate, non licet ei surripere sua; quia melior est conditio possidentis.

22. Quod in extrema necessitate licet, idem permittit s. Alphonsus, pluribus citatis n. 520., in quasi extrema (quam superius descripsimus), cum hac limitatione, ut liceat indigenti sibi providere mediis ordinariis, non autem exquisitis et extraordinariis. Quae limitatio an apponenda sit etiam in extrema necessitate, disputabitur paulo post, unde et totius doctrinae ratio patebit.

23. Prop. 36ª damnata est: « Permissum est furari non tantum in extrema necessitate, sed etiam in gravi ».

1° Licet allegentur Lessius, Malderus, Diana aliique allegari possint, qui in necessitate gravi dicant licitum subripere, inter quos Silvius itidem Lovaniensis; tamen, ut notat Viva (In prop. 36. n. 2. Inn. XI.), id dicunt non de quavis gravi necessitate, sed de valde gravi, quae aequiparari possit *extremae*. Vel aliter, ut Vasquez (apud Viva l. c.) admisit licere, quando dives teneretur huic *determinato* pauperi subvenire; quia tunc non esset rationabiliter invitus.

2° Communius DD. ex hac proposit. 36ªᵉ damnatione intulerunt, illicitum esse subripere in gravi necessitate oppositamque doctrinam heic damnatam dixerunt. Veruntamen id non est certum, h. e. non satis certum est huc spectare damnationis rationem. Nam cum *furari* per se significet *ablationem iniustam*, haec sane ne in extrema quidem necessitate licet, cum tamen tunc liceat ex alienis sibi prospicere.

24. Quanquam vero Dominicus Viva (ad h. Prop. n. 1.) dicat, se non subscribere contendentibus, damnari in hac propositione furtum *formaliter sumptum* (a), ast in sententiam plane oppositam ivit praeter alios

---

(a) Erunt absque dubio non pauci, quibus ratiocinatio Viva probetur. Nemo, ait, usque adeo desipuit, ut dixerit licere furtum formaliter sumptum, in qualibet necessitate (*licere* scilicet *formaliter illicitum:* quae est putida contradictio in terminis); cum praesertim nulla esset unquam ratio id affirmandi (nec certe opus esset ad id damnandum consulere Academias aut Romanam Sedem : an liceat nimirum aliquando formale peccatum). Propterea thesis proscripta intelligenda non est de furto formaliter sumpto, sed de furto sumpto materialiter (nam meminisse oportet duplicis suppositionis terminorum, *formalis* et *materialis*) seu de acceptione rei alienae, prout permittitur in extrema necessitate. In hoc enim sensu erronee ab aliquibus asseritur apud Diana p. II, tr. 1. resol. 13. furtum permissum esse etiam in necessitate gravi et adversus hanc sententiam Pontifex loquitur censurando hanc thesim. Ad eum modum, quo haec prop.: homicidium permissum est non solum ob sui defensionem, sed etiam in vindictam offensae, digna esset censura, non quia praesumeretur auctor propositionis adeo excors, ut vellet homicidium formaliter sumptum (prout iniustum est et peccatum) esse aliquando licitum; sed quia doceret homicidium depurari a ratione formalis homicidii per hoc quod fiat in vindictam, sicut reapse ab eadem depuratur per hoc quod fit in sui defensionem cum debito moderamine. Idem censendum ergo Viva arbitratur de hac propos. 36. de Furto. E.

Ioan. de Cardenas (dissert. 23. cap. 1. art. 1.). Etenim (inquit n. 4.) Pontifex praecipue intendit damnare id, quod in propositione turpius est: sed in hac propos. 36ª turpius est dicere, quod furtum est licitum in aliquo casu, quam dicere, quod in necessitate gravi licet auferre a divite superflua, asserendo simul habere ius ad illa et ideo non esse furtum... Ergo praecipua intentio damnationis est damnare id assertum, quod in aliquo casu furtum sit licitum.

Hoc ipsum autem (n. 6.) sic confirmat ex historia. « Nam, ut refert Fagnanus in lib. 1. Decret. in c. *Ne innitaris de Constitut.* n. 339., Episcopus Gandavensis ann. 1657. die 4. Maii consuluit Doctores Lovanienses, ut censuram suam proferrent circa hanc eandem propositionem: *Permissum est furari non solum in extrema, sed etiam in gravi necessitate.* Ipsi autem placitum suum exposuerunt in haec verba: *Furari in nullo casu permissum est; quia intrinsece malum:* idest non solum non licet furari in necessitate gravi, sed neque in extrema. Postea vero ipsi Doctores Lovanienses hanc eandem propositionem detulerunt inter plures alias SS. D. Innocentio XI., ut qua digna esset censura, eam inureret, ut constat ex libello supplici, quem obtulerunt Romano Pontifici, cuius exemplar scriptum apud me habeo. Cum ergo Pontifex damnaverit propositionem eodem modo, ac Lovanienses proposuerunt: pro certo habendum est, eam fuisse intentionem Romani Pontificis, scilicet damnandi in hoc sensu, quod neque in extrema necessitate liceat furari ».

Exinde vero quoad praesentem quaestionem de gravi necessitate sic (n. 7.) concludit: « Ex dictis infertur, hanc propositionem: *Permissum est furari in necessitate gravi,* manere damnatam idque etiamsi esset probabilis opinio docens, quod in gravi necessitate licitum est subripere a divite necessaria ad eam sublevandam; quia iuxta hanc damnationem nunquam concedendum est, quod in aliquo casu furtum sit licitum et quamvis esset probabile, quod tunc liceat subripere, non esset tamen probabile, quod tunc liceret furari propter dicta ».

Neque aliter sensit Duarte in *Expositione Propositionum damn. dicata Cardinali Paulutio Maiori Poenitentiario et Romae edita ann.* 1712. Sic enim ille breviter (n. 289.): « Decretum Innocentii XI. damnans propositionem 36^{am} praecipue intendit damnare, quod in aliquo casu licitum sit furari; quia est intrinsece malum. Admittendum tamen est, quod in extrema necessitate licitum sit subripere a divite necessaria ad illam sublevandam sive manifeste sive occulte, nec hoc habet rationem furti vel rapinae ».

Sic etiam Petrus Catalani (*Th. Mor.* part. 2. q. 19. cap. 3. n. 2.) postquam statuit, non peccare eum, qui in extrema necessitate constitutus surripit quantum sufficit etc., dein subdit: « Nec ex communi sententia

allata infertur, licitum esse furtum in extrema necessitate, cum furtum ex suis intrinsecis incohonestabile sit, ut est mendacium...; sed solum asseritur, surripere rem alienam in extrema necessitate non esse furtum. Ideoque recte Innocentius XI. damnavit propositionem illam 36^{am} asserentem: *Permissum est furari non solum in extrema necessitate, sed etiam in gravi;* cum neque furtum committi possit in extrema necessitate, non solum in gravi ».

Et haec satis sint, ut pateat, opinionem, quae in gravi necessitate veniam providendi sibi ex alienis bonis tribuit, posse quidem aliis rationibus impugnari; ast argumentum, quod in eum finem petatur ex propositionis 36^{ae} damnatione, ut prorsus efficax haberi non posse.

Ceterum 3° communis doctrina est, non licere in gravi tantum necessitate surripere aliena.

25. * Cur vero? quia, ait Laymann l. 3. tr. 3. p. 1. c. 1. n. 8., « constitutus in gravi necessitate, ius non habet propria auctoritate rem alienam accipiendi: ergo iniuriam infert, si accipiat et dominus merito invitus est ». Verum istud est reapse, quod quaeritur, an talis homo habeat necne ius accipiendi sibi alienum, quemadmodum habet in extrema necessitate. Gury §. 616. II. rationem reddit, quia « in his adiunctis domini sunt rationabiliter inviti (id tamen est, ut diximus, quod in quaestionem venit) et secus facilis direptionibus aditus pateret ». Quam alteram rationem attulit et Viva l. c. n. 9. « Cum enim pressus angustiis facile hallucinari possit et sibi persuadere quod sit in gravi necessitate et quod dives sibi determinate teneatur succurrere; idcirco debuit universim vetari a natura furtum in gravi necessitate, iuxta ea, quae diximus in simili casu in expositione prop. 17. et 18. Alexandri VII.: quae doctrina non militat pro necessitate extrema, quae est admodum rara et urgentissima ».

26. Penitiorem rei rationem conatur reddere Lugo disp. 16. nn. 154. 160. exorsus a distinctione gravis necessitatis. Nam aliquando necessitas gravis est ex eo, quod afferat periculum incidendi in necessitatem extremam, ut si sit morbus periculosus, qui affert periculum mortis probabile, vel ex eo quod afferat carentiam eorum bonorum, quae natura voluit esse communia omnibus hominibus, ut si sis in periculo morali incidendi in captivitatem, libertate amissa, quam natura omnibus hominibus dedit: idem videri ait, de morbo, qui, licet letalis non sit, affert tamen diuturnam vel perpetuam carentiam sanitatis, quae etiam videtur esse ex bonis, quae natura, per se loquendo, omnibus hominibus dedit. Alia vero est necessitas gravis, quae affert quidem carentiam alicuius magni boni, sed non ex iis, quae natura communia esse voluit, per se loquendo, omnibus hominibus: ut si sis in periculo morali cadendi a statu nobili et

opulento, quem fueras assecutus, vel amittendi famam et existimationem doctrinae, nobilitatis, vel amittendi dignitatem, officium, magistratum, quem possides, quae bona a natura non omnibus intenduntur. In hac distinctione patet necessitatem gravem priorem non differre, saltem in pluribus, ab ea, quam alii vocant quasi extremam.

Iam vero si sit casus prioris gravis necessitatis, concedit Lugo licere indigenti providere sibi ex alienis bonis. Ratio est, quia etiam in tali necessitate gravi videtur esse ius commune ex natura ortum ad utendum iis mediis, non obstante dominiorum divisione; nam agitur de carentia eorum bonorum, quae natura intendit omnibus esse communia et ad quae obtinenda et conservanda destinavit omnibus hominibus ea media. Quamvis autem, subdit, media exquisita et extraordinaria noluerit natura communia esse omnibus: media tamen ordinaria, quae et communia dicuntur, quibus ea bona communiter conservantur, videtur voluisse omnibus praesto esse.

Si autem est altera solum necessitas gravis, respectu eorum bonorum, quae natura non intendit omnibus esse communia, negat Lugo facultatem surripiendi aliena. Sane huiusmodi indigens nequit sibi asserere tale ius a natura; cum natura non intendens singulis ea bona, quibus ipse privatur, nec facultatem facere per se intendit adhibendi ea media, quibus ea bona conservantur. Et quamvis natura intendat quandam inaequalitatem inter homines, non tamen intendit quod e. g. hic sit nobilis, hic dives aut quod hic qui dives fuit, maneat semper dives etc. Seposito autem iure naturae, non restat ratio, cur possit huiusmodi indigens aliena surripere. *

27. Addit tamen Viva l. c. n. 10. pauperem etiam extra extremam necessitatem posse uti epikeia et sic accipere clam aliquid modicum ad gravem necessitatem sublevandam, si dominus possit praesumi quoad substantiam non invitus. Addit Laymann l. c. non facile damnandum de gravi, qui in gravi necessitate, a divite, prius frustra rogato, surriperet aliquid: haec enim circumstantia excusaret eum; quia esset dominus irrationabiliter invitus.

His generatim statutis, locus est aliis quaestionibus spectantibus ad casum extremae necessitatis, quae et ad quasi extremam necessitatem, cum quadam proportione, accomodari poterunt.

28. Itaque quaeritur 1. an siquis in extrema necessitate positus possit petere, debeat petere et peccet occulte surripiendo. Affirmat Lessius l. c. n. 66.; quia surripere non est necessarium et id dominus aegre ferret. Imo, addimus, nondum est in extrema necessitate, qui spem habet inveniendi necessaria, si petat. « Donec pauperes petant vel non amittant spem ab ullo accipiendi, non sunt in extrema necessitate », ait Lugo

disp. 16. n. 140. Si tamen quis verecundia aut alia iusta causa prohiberetur a petendo, nulla foret culpa; cum alioqui ius ad sumendum habeat.

Non tamen, subdit idem Lessius, erit mortale peccatum ita surripere, sed veniale; quia accipis id, quod dominus tenebatur dare: qui idcirco non est rationabiliter invitus quoad substantiam, sed solum quoad modum. S. Alphonsus autem l. 3. n. 520. q. 2. ait, talem surripientem peccare mortaliter, si *res illa peculiaris*, quam surripit, non sit absolute necessaria (supposita utique materia gravi); quae est alia hypothesis ab hypothesi Lessii, qui solum de defectu petitionis loquitur, supposita alioquin necessitate rei surreptae. Ceterum ait s. Doctor: « si pauper peculiari illa re extreme indigeat, ita ut dominus teneatur omnino eam dare, quia, ipso non dante, pauper periret, tunc iste, ut ait Lugo disp. 16. n. 140., occulte surripiendo non peccat mortaliter: imo (prosequitur s. Doctor) nec venialiter, dico: cum ipse habeat in eo casu absolutum ius ad rem illam accipiendam, iuxta s. Thom. 2. 2. q. 66. a. 7. ». Verum istud absolutum ius se exerit, cum adest extrema necessitas; at qui adhuc petendo potest habere quod sibi est necesse, nondum dicitur esse in extrema necessitate. Cur ergo non peccabit saltem venialiter, qui ita surripit, si nullam iustam causam habeat omittendae petitionis?

Porro cum agitur de re determinate necessaria, haec potest esse talis vel in se ipsa vel in aequivalenti; puta si quis cibo egeat et hic non sit in promptu, sed sit pecunia, qua emi potest.

29. * Quaeritur 2. an liceat indigenti sumere rem valde pretiosam aut ingentem pecuniae vim, quando haec absolute necessaria sit ad vitam servandam. Negant plures; eo quod dominus non teneatur dare, qui cum tam gravi incommodo non tenetur succurrere proximo. Monet tamen Lugo disp. 16. n. 159. haud veram esse hanc regulam, qua statuitur facultatem in indigente accipiendi sibi respondere adamussim obligationi divitis dandi. Fundamentum enim utriusque diversum est; nam obligatio dandi fundatur in caritate, quae non obligat cum gravi incommodo: facultas accipiendi fundatur in iure, quod natura cuique fecit utendi rebus communibus, occurrente necessitate. Potius facultati in indigente accipiendi respondet in altero obligatio et quidem ex iustitia, non impediendi ne ille accipiat; si enim occurrente extrema necessitate, omnia, ut dicitur, fiunt communia, ut pauper iure suo uti possit, satis est per se quod alter teneatur non impedire, non opus est ut teneatur dare. Potest igitur esse in paupere ius accipiendi, etsi non sit in divite obligatio dandi.

Quocirca s. Alphonsus n. 520. q. 3. aliter quaestionem solvit, affirmative nempe respondens et affirmativam sententiam vocans veriorem. « Ratio, ait, quia revera in extrema necessitate, cum omnia fiant communia, pauper ius habet ad accipiendum omne id, quod est necessarium ad suam

vitam servandam, *ita ut* (sicut docet s. Thomas 2. 2. q. 66. a. 7. ad 2.) *per talem necessitatem efficiatur suum id, quod quis accipit* nec distinguit s. Doctor inter rem parvi vel magni momenti ». *

Itaque si forte servandae vitae alicuius necessaria sit summa trium vel quatuor mille aureorum et amplius, qua ille caret, poterit eam a divite surripere: quamvis hic profecto non teneatur dare. Ait s. Alph. consentire in hanc doctrinam Lugo, citans ex disp. 16. n. 146.: quia nimirum ibi Lugo generali doctrinae: excusari semper a furto, qui accipit rem alienam, *quaecumque ea sit*, in extrema necessitate, duas tantum conditiones apponit, 1° ut res sit necessaria indigenti, 2° ut non sit necessaria ipsius domino. Nihilominus in sequentibus Lugo doctrinam hanc rursus circumscribit. Licet enim concedat ibid. n. 159. *in extrema necessitate posse contingere, quod aliquis extreme indigens possit, invito domino, sibi accipere id, quod dominus ex caritate non tenebatur dare*, mox tamen ibid. limites subiicit inquiens: *quando scilicet id sit ex mediis non exquisitis et extraordinariis, sed ordinariis et communibus, quibus necessitas illa vitari potest*. Cuius limitationis ratio esse potest; quia, quemadmodum natura homini non imposuit obligationem servandi vitam suam mediis exquisitis et extraordinariis, ita nec ius indigenti fecit haec eadem sibi surripiendi, invito domino. Certe non censet Lugo, imo negat n. 154., voluisse naturam media exquisita et extraordinaria esse omnibus communia, utique in necessitate, in qua e contrario contendit videri naturam voluisse omnibus esse communia media ordinaria ad eorum communem conservationem. Non videtur ergo Lugo prorsus assentiri doctrinae s. Alphonsi.

Sporer vero, quem solum cum Croix pro sua sententia citat s. Alph., eo processit (*de Carit. de eleemos.* n. 55.), ut concederet diviti ius impediendi pauperem ab acceptione ideoque admitteret bellum utrinque iustum, quod improbabile habet s. Alph. et reapse absurdum est. Sed hoc ipsum consectarium admissum a Sporer ostendit, non satis ei evidentem fuisse suam doctrinam. Cf. dicta *de Caritate* n. 145.

30. * Similis quaestio fieri solet de captivo puta apud Turcas, an liceat ei surripere summam pecuniae necessariam suae redemptioni. Hanc quaestionem s. Alph. n. 520. q. 1. sic proponit: an dicantur esse in tali (nempe supradicta) necessitate gravissima ii qui sunt captivi apud Turcas, ita ut iis liceat alienum surripere ad se redimendos. Paulo ante necessitatem gravissimam dixerat eandem esse ac quasi extremam seu proximam extremae et docuerat hominem in tali necessitate constitutum posse sibi providere mediis ordinariis, non vero exquisitis et extraordinariis. Id cohaeret, ut patet, cum doctrina Lugo superius allata. S. Doctor ait, se non audere quaestionem decidere. Forte quaestio, iuxta iam dicta, solvi

potest cum distinctione. Si enim pecunia necessaria tanta sit ut extraordinarium medium censeatur, negandum erit surreptionem eius licere: si autem ipsa inter media ordinaria numerari possit, concedendum erit licere. Libertas enim quoque est ex iis bonis, quae quamvis non apprime necessaria, voluit natura esse omnibus communia cf. n. 26. Quaestio: quid in huiusmodi casu dives debeat, spectat ad tr. de Caritate nec, ut vidimus n. 29., ex eius solutione pendet per se solutio huius quaestionis: quid pauper captivus possit.

31. Quaeritur 3. an pauper, cessante necessitate, teneatur restituere quae in extrema necessitate surripuit vel aequivalens. Quae quidem quaestio, ne praeoccupata videatur tractatio de restitutione, ita efferri potest: an pauper surripiens in extrema necessitate, fiat dominus absolutus eorum, quae surripuit tanquam necessaria sibi. Sed priore modo proposita quaestio est clarior.

In primis certum est, quod, si sublevandae alicui necessitati necessarius sit tantum usus rei, ut si egeas equo, quo ab inimico persequente evadas, non fis dominus equi et cessante necessitate, is est restituendus domino, ut notat Gury §. 617. ex s. Alphonso. Pauper enim in his adiunctis non habet ius nisi ad ea, quae sunt ipsi necessaria. Quod si pauper indigebat alimentis, quae non potuit sibi comparare nisi vendito equo, quem forte invenit; tunc locus est quaestioni, quam proposuimus.

32. Doctrina s. Alphonsi est. l. c. q. 5. Distinguendum est inter eum, qui sit absolute pauper, nihil habens tum re tum spe et eum, qui, quamvis heic et nunc sit pauper et indigens, attamen habeat aliquid vel re, puta credita, vel saltem in probabili spe, ut si calleat artem lucrativam. Si de priore sermo sit, is nihil tenetur restituere, quippe qui suum facit quod surripit, ut docet s. Thomas 2. 2. q. 66. a. 7. Facit autem suum iure naturae, quod in ea necessitate pro eo viget quemadmodum vigeret, si nulla fuisset introducta divisio bonorum et omnia essent communia: facit proinde suum absolute, non secus ac suum absolute facit qui rem nullius in bonis primo occupat, absque ulla obligatione suscepta erga priorem dominum, cuius obligationis heic et nunc capax non est pauper surripiens.

Excipit s. Doctor cum Salm. si res surrepta, cessante necessitate, pergat apud surripientem exsistere in propria specie; quia tunc solus usus rei fuit indigenti necessarius, ut diximus.

Si vero indigens versans in extrema necessitate, habeat aliunde bona vel spem habendi, tunc tenetur restituere, quia occupatione non factus est absolute dominus; nam satis ei fuit, ad succurrendum suae necessitati, rem vel tanquam mutuo vel tanquam emptam accipere, cum obligatione scilicet restituendi aequivalens vel resarciendi damnum, cuius obligationis heic et nunc est capax. Natura scilicet ius non tribuit nisi ad

id, quod est necessarium: non est autem huic indigenti necessarium facere suum absolute quod surripit; quia non versatur in necessitate accipiendi simpliciter aliena sed emendi vel mutuo accipiendi.

33. Haec doctrina, collata simul utraque parte, si speculative consideratur, difficilis est. Nam non apparet ratio, cur, quemadmodum secundo indigenti imponitur obligatio absolute restituendi, ita nequeat priori imponi obligatio conditionata. Aliis verbis: pauper ius habet ad id quod heic et nunc ipsi est necessarium: pauperi habenti aliunde in re vel in spe non est necessarium absolutum rei surreptae dominium, sed satis est acceptio eius cum obligatione absoluta resarciendi damnum; ergo hanc suscipit: pariter pauperi nihil habenti vel in spe satis est usus rei cum obligatione resarciendi damnum conditionata, si forte habuerit; nam hoc nedum physice sed moraliter possibile est: cur ergo non est dicendus hanc obligationem suscipere?

Ratio discriminis repeti solet ex obligatione divitum erga huiusmodi pauperes, quae ex praecepto eleemosynae dimanat et non eadem est pro utroque casu: idcirco et s. Alphonsus doctrinam de hac obligatione divitum praemisit solutioni praesentis quaestionis, quam ab illa pendere dixit. Aiunt nimirum (Azor, Sotus, Sanchez, Suarez, Bonacina, Palaus etc. quos ex Salmant. citat s. Alphònsus) teneri divitem ex praecepto naturali eleemosynam dare indigenti in extrema necessitate: obligatio autem dandi eleemosynam obligationem involvit donandi; non donas autem, si rem vendis aut das mutuo. Si vero indigens habeat aliunde bona, saltem in spe, obligatio proprie eleemosynae non urget divitem, sed vel vendendi vel mutuum dandi. Constat ergo ratio discriminis.

34. Verum difficultas non videtur sublata. Advertimus enim duo. 1. Non placet quod mensura iuris, quod inest pauperi, sumatur ab obligatione, qua tenetur dives, cf. n. 29.: praesertim cum, si de praecepto naturali eleemosynae agatur, non ius pauperis supponat obligationem divitis, sed e contrario obligatio divitis supponat ius pauperis et ab eo pendeat.

2. Advertimus non probari, quod obligatio eleemosynae faciendae, si saltem insistas solum praecepto naturali, sit obligatio donandi: est obligatio subveniendi necessitati proximi eatenus quatenus necessitas illa exigit: si ergo sufficienter huic occurritur mutuando aut vendendo, cur opus est donare gratis? Profecto huiusmodi indigenti nequit imponi obligatio resarciendi damnum absoluta, sed solum conditionata, si forte deinceps poterit, neque ut id possit cogendus est grave subire ipse damnum praesertim spirituale, cuiusmodi esset, si prohiberetur ab amplectendo statu religioso. Si intra hos limites obligatio contineatur, et satisfit debitae caritati et iuri proprietatis consulitur.

« Haec sententia, ait Lugo disp. 16. n. 168., mihi placet; quia eius

fundamentum fortissimum est, nempe quod caritas solum obligat ad sublevandam necessitatem proximi, cui si sufficienter occurritur mutuando, illo saltem mutuo imperfecto et conditionato, non est cur donandum gratis sit: *cui argumento doctores contrariae sententiae nunquam satisfaciunt* ».

35. Iam vero si ita est, concludit idem Lugo n. 171.: « consequenter dicendum videtur, ipsum indigentem, dum propria auctoritate accipit, ita accipere cum eodem onere (obligatione conditionata) sibi imposito; quia id sufficit ad suae indigentiae occurrendum ».

Id quidem speculative; sed in praxi, ut advertit ibid. ipse Lugo, durum id est et contra communem sensum doctorum et indoctorum, qui nunquam obligatos se postea putant ad restituenda, quae in tali necessitate accepta sunt. Quid ergo dicendum? rem sic definit Lugo ibid., posse huiusmodi indigentem rem sibi accipere absque ulla suscepta obligatione; quia domini, etsi possint illam imponere, in praxi tamen id non solent velle, nisi forte res accepta sit magni pretii. Nam spes illa recipiendi postea, si pinguior fortuna indigenti supervenerit, adeo exigua est, ut pro nihilo reputetur ideoque contemnatur, cum de re communi agitur minorisque pretii. Si vero res accepta esset peculiaris et insignis pretii, merito praesumi posset, nisi aliud obstaret, dominum nolle donare gratis et idcirco obligatio ea, quam diximus, conditionata inhaereret accipienti.

36. Quaeritur 4. an fur rem ablatam consumens in extrema necessitate, teneatur ad restitutionem. Supponitur rem, ante consumptionem, adhuc esse in dominio domini. Si enim e. g. fur abstulisset alteri pecuniam eamque suae ita miscuisset, ut per commixtionem dominium illius obtinuisset (iuxta dicta sup. de commixtione P. I. n. 260.), iam eam consumens, non rem alienam sed suam consumeret nec desineret obligatio iam ante contracta restituendi tantundem; huius enim exstinctio obligationis confert nihil ad suam necessitatem sublevandam.

Quo posito s. Alphonsus l. c. q. 4. duas affert sententias, alteram negantem teneri huiusmodi furem ad restitutionem, alteram affirmantem et hanc secundam vocat gravissimam et communiorem. Nihilominus subdit, non putare se improbabilem priorem sententiam.

Sane si id tantum consideretur quod res aliena in necessitate consumitur, cum ius ad id faciendum competat cuique indigenti nec propter delictum praecedens privetur indigens hoc iure, qui imo tenetur, si potest, sibi consulere: non apparet, cur fur, qui potuisset rem apud dominum exsistentem sibi accipere et consumere absque onere restitutionis eo pacto, quo diximus in q. praeced., non possit pari modo consumere rem domini apud se exsistentem.

Sed occurrit alia quoque consideratio, habita ratione actionis furtivae. Nimirum fur, per actionem furti, causa seu occasio iniusta fuit cur haec

res domini in ea conditione reperiretur, ut posset ab indigente consumi. Si enim apud dominum ea mansisset, qui illam custodivisset, non fuisset exposita necessitati indigentis et absque ullius iniuria dominus eam retinuisset, quia non habuisset obligationem dandi eam indigenti qui nullus, puta, apud eum erat, vel cui alii iam providissent vel quia, ut iam diximus, non toties obligatio est dandi, quoties est in alio ius accipiendi. Huius ergo iacturae, quam nunc cogitur dominus pati, causa est vel occasio actio furis. Propter hanc rationem censet Lugo l. c. n. 179., non liberari furem ab onere restitutionis; quae est alia ratio ab ea, quam pro secunda sententia affert s. Alphonsus, quae profecto non est persuasiva; nam ponit quod est in quaestione. Censet autem Lugo tunc posse furem rem ablatam, absque onere restitutionis, consumere, quando, etiam non praecedente delicto, is potuisset licite eam usurpare et dominus debuisset eam dare.

37. Haec tamen altera conditio mihi est difficilis; nam ut indigens ab aliquo iuste surripiat, non opus est ut ille ipse teneatur dare, sed satis est ut teneatur non impedire, dum actu indigens vult occupare. Ius indigentis in extrema necessitate est in confuso ad quamlibet rem cuiusque divitis, quae suae par sit necessitati sublevandae; sed in concreto hoc ius determinatur ad rem illam quae pauperi primum occurrit et ab eo occupatur, cuiuscumque sit domini, qui casu quidem fit ut prae aliis iacturam pati debeat, nequit tamen propterea pauperem impedire ne accipiat.

Seposita autem hac conditione, restat prior, quod nempe fur etiam non praecedente delicto potuerit licite rem usurpare: at quis hoc negabit huic furi, qui in extrema necessitate versatur? Utique si res ablata non fuisset, custodivisset eam dominus et sic non amisisset: sed hoc est per accidens. Nonne et rem custoditam potest pauper in extrema necessitate positus auferre, etiam effractis foribus?

38. Etsi ergo primum peccaverit fur et obligationem restituendi contraxerit quod abstulit: eo tamen in his adiunctis res est adducta ut iure naturae quod ablatum est fiat indigentis, eam pro sua necessitate occupantis, fiat, inquam, ipsius furis, cuius proinde exstincta est obligatio restituendi, secundum eam utique limitationem, quam diximus in q. 3. praec. Satis ergo probabilis est prior sententia *.

39. Fuerunt qui dicerent divitem negantem dare pauperi in extrema necessitate constituto, teneri ad restitutionem. Sed id absque ulla ratione dicitur. Nam et dives non ex iustitia tenetur, sed ex caritate et pauper, antequam rem occupaverit, non facit eam suam.

Si tamen dives impediret pauperem iuste rem occupantem, cum iniustitiae crimen admitteret, teneretur ad damna compensanda, quae inde

obvenirent, non secus ac ille, qui esset pauperi causa eius mali, pro quo avertendo rem alienam occupabat. Cf. s. Alph. l. c. q. 6.

V. 3. Nec item furatur, qui accipit in compensationem iustam, si aliter sibi debitum accipere nequeat: v. g. si famulus iustum stipendium non possit aliter obtinere, vel inique inductus sit ad serviendum iniquo pretio. Vide Laym. l. c. et Tol. l. 5. c. 15. * Circa compensationem hanc lege accurate Propos. 37. inter proscriptas ab Innoc. XI. *

40. Occulta compensatio non est furtum; quia ubi debitae adsunt conditiones, debitor non est rationabiliter invitus neque quoad substantiam neque quoad modum.

Non quoad substantiam, quia creditor accipit rem suam vel in se vel aequivalenter et agit iuxta iustitiae leges, quae cuique suum asserunt ad aequalitatem. Non quoad modum; quia excusat necessitas et impotentia aliter se resarciendi.

Confirm. Nam non tenetur creditor aut pati iniuriam carendi re sua aut certe novos sumptus pro ea recuperanda impendere. Nullum alioquin aliud medium recuperandi superest, nisi occulta compensatio.

41. Conditiones necessariae, ut liceat occulta compensatio, sunt.

1ª Ut fiat pro debito ex iustitia, non autem ex convenientia aut gratitudine.

2ª Ut debitum sit certum. Quidam id probant: quia *in dubio melior est conditio possidentis*. Sed alias *de Conscientia* n. 156. iam advertimus hoc effatum minus ad rem facere, cum agitur de opinione probabili. Secus nisi certa res sit, non posset iudex pro alterutra parte, quae non possidet, sententiam ferre, quod falsum est.

Hac de re Lugo disp. 16. n. 102. post multa concluserat sic: « Ergo quando probationes circa factum ex parte actoris, licet non sint evidentes, sunt tamen tales, ut iudicio doctorum iudex pro eo iudicare debeat, non obstantibus probationibus adversarii, poterit ipse, antequam res ad iudicium adducatur, concurrentibus aliis conditionibus ad compensationem requisitis, amplecti opinionem illam probabilem, ut sibi compenset; quia iam tunc habet probabilitatem proximam, cum iudicium illud et sententia doctorum non versetur solum circa factum, sed circa ius, quod ex tali facto resultat, non obstantibus probationibus contrariis ». Attamen in fine illius disputationis sic mentem aperit n. 106. in fin.: « Libenter abstineo ab ultimo iudicio circa hoc totum punctum de compensatione facienda cum opinione solum probabili; quia licet in casibus particularibus auctores videantur id admittere, ut vidimus (vid. ibid. n. 95.), in communi tamen et dum quaestionem in propriis terminis tractant, videntur id communiter negare, a quibus non est in re practica facile discedendum, *quia fortasse aliquid ipsis occurrebat*, quo argumenta nostra superposita possent dissolvere ».

Et non licere cum probabilitate debiti uti compensatione, communissimam sententiam appellat Croix lib. 3. p. 1. n. 962., advertens, auctores, si quando peculiarem quaestionem aliter resolverunt, putasse, in iis adiunctis debitum esse moraliter certum; neque enim ceterum requiri infallibilem certitudinem, sed humano modo rem decernendam, ita scilicet ut docti de re non dubitent, nec putent heic et nunc dubitandum esse de opposito.

Triplicem casum, in quo DD. admittunt in probabili sententia compensationem, vide apud s. Alph. n. 521. in fin., 1° scil. in compensatione famae cum pecunia, 2° infamiae cum infamia, 3° cum legatum relictum fuit in testamento non sollemni, quod proinde heres dare renuit (a): de quibus suo loco erit dicendum.

(a) Triplicem hunc casum, in quo DD. admittunt compensationem cum opinione probabili, refert s. Alph. n. 521. in fine; qui tamen, ad suam sententiam in ea re quod spectat, reiicit lectorem ad n. 35. Tract. *de Conscientia*. Hic autem n. 35. ille est, qui exstabat in edit. romana 1757.: sed a posterioribus exulavit. Boni ergo consulet lector, si eum integrum (ex edit. Taurin. 1846. ubi prostat in nota ad n. 35. Tr. *de Conscientia*) referamus.

« Sic etiam defenditur sententia, quod in compensatione, licet regulariter fieri compensatio nequeat, nisi creditum sit liquidum, attamen docent DD. quod in aliquibus casibus, potest fieri tantum cum probabilitate crediti, si adsit probabilitas iuris, ut tenent Salmant. *de Restit.* c. 1. nn. 519. 520., ubi vocant hanc probabilitatem iuris probabilitatem proximam ».

« Hinc 1. probabilem dicunt posse diffamatum pecunia sibi compensare famam ablatam a diffamante; cum probabile sit diffamantem teneri cum pecunia compensare famam ablatam, si nolit vel nequeat famam restituere. Ita probabile putat Lugo *de Iust. et Iure* disp. 16. nn. 95. 96. cum Tanner, Diana et Salm. n. 521. cum Tambur. Less. Mol. Arag. Ledes. etc. ».

« 2. Probabile esse dicunt Salm. ibid. cum Bon. Rebell. Sylvio, Dicast. Vill. item Lugo n. 95. diffamatum ab alio, quem ipse infamavit, posse uti compensatione, sequendo probabilem opinionem id asserentem, quoad restitutionem: saltem, ut ait Dicast. apud Croix l 3. p. 2. n. 455., excusatur is a fama restituenda, donec fama ei ablata ab altero restituatur ».

3. Probabile etiam dicunt Salmant. l. c. cum Less. Mol. Gran. etc. cum Lugo l. c. legatarium ex testamento non sollemni posse compensare legatum sibi relictum ».

« Et quare in his casibus et non in aliis possit fieri compensatio cum probabili? Respondent Salmant. hîc n. 323., quia in his casibus dicti DD. potuerunt habere rationes speciales, quas ipsi dicunt nescire ideoque acquiescunt, ut probabilitati extrinsecae, auctoritati praefatorum AA. classicorum. Sed in eodem Tract. *de Restit.* c. 4. n. 148. rationem produnt dicentes, quod cum AA. dicunt neminem posse sibi compensare creditum, quod non est certum, intelligunt loqui in eo casu, quo ipsum creditum est dubium, non autem quando creditum est certum et dubium versatur tantum circa modum compensationis, an possit ille satisfacere sibi per compensationem vel aliter; quia tunc bene potest uti opinione probabili circa modum. Ita Salmant. et Lugo disp. 16. n. 97. ex Suarez et Sanchez ».

« Attamen Croix l. 3. p. 1. n. 962. omnino negat in tribus casibus supra relatis posse fieri compensationem; cum nemini liceat compensare creditum nisi certum » (quod Salmanticenses quidem non negant iuxta rei explicationem ex ipsis relatam; negant tamen auctores citati a Lugo n. 95. qui et sola exsistente opinione probabili de cre-

3ª Conditio est, ut actu res debeatur, et sic debitum sit praesens. Quanquam vero communiter haec quoque conditio exigatur; tamen Lugo disp. 16. n. 93. probabilem putat eorum sententiam (Croix n. 963.), qui affirmant, licere praevenire et compensare de debito, quod quidem solvendum est non vero nunc sed in futuro, si creditor occasionem compensationis iustae praevideat in posterum defuturam.

Duas tamen conditiones exigit Lugo. Prior est, ut si quod damnum vel lucri cessantis vel emergentis detrimenti debitori inde sequatur, ratio huius damni habeatur. Ratio est, quia non debet quis puniri de delicto futuro, ante nempe quam sit in mora solvendi. Altera est, ut revera sit morale periculum, debitorem non esse soluturum. Ratio generatim est, quia defensio per se licita est non solum quando actu instat offensio, sed etiam quando constat, aliquem paratum esse ad offendendum (cf. in V. praecept. n. 54.). Si ergo paratus est post mensem debitor ad negandum, nec cavere damnum possum nisi praevidendo, utor licita defensione.

4ª Conditio est, ut compensatio fiat ex bonis debitoris. Ergo non licet sumere rem debitori commodatam aut depositam apud eum. De hac conditione, inquit Lugo n. 90., nulla potest esse difficultas.

5ª Conditio est, ut compensatio fiat cum minimo damno debitoris. Videlicet dicunt doctores cavendum 1° damnum spirituale, quatenus debitor manet cum conscientia debiti: 2° damnum temporale, si forte tibi solvat secundo: 3° damnum, quod sequatur ex ablatione rei.

Haec tamen pericula impedire non debent compensationem, sed cavere, quoad fieri potest, ea oportet.

Et quoad spirituale damnum, profecto difficile est monere sine iniecta suspicione. Nullum est timendum spirituale damnum debitoris, si forte is, puta heres debitoris, non est conscius debiti. Si autem debitor ipse novit debitum, quod non vult solvere, non providetur certe conscientiae debitoris, si compensationem omittas.

---

dito, concedunt compensationem; quod mirum videri potest: sed cf. quae habet Lugo in altero testimonio citato heic in text. n. 41. 2. et adverte auctores, ut Sanchez, opinionem probabilem circa ius vocare quoque *certitudinem in moralibus* ut patet ex Lugo in fine n. 95.) « Ego autem, ut fatear quid sentiam, dico, quod in primo casu compensationis famae cum pecunia, sequor quod tenet Croix. In secundo autem casu probabilius mihi videtur non teneri detractorem famam restituere, donec sua fama ipsi restituatur; cum ibi suum ius non solum sit certum, sed etiam in eodem genere, saltem si diffamatio ex utraque parte sit eiusdem speciei. In tertio casu non valeo acquiescere relatae opinioni: gravissima enim est sententia (licet alii probabiliter ei contradicant), quod ex testamento nullo nullum ius acquiritur, ut tenent Mol. Lugo, Vasquez, Sanch. Salmant. etc. Ideo cum ius legatarii sit prorsus incertum, nescio quomodo possit ipse compensare adversus heredem possidentem ». Hactenus s. Alphonsus. Cf. Lugo disp. cit. nn. 95.-97. E.

Quoad temporale damnum, difficile est, debitorem posse solvere, inscio creditore; quia agitur ut plurimum de debito noto. Si illud fiat, teneretur creditor restituere. Gury n. 622. monet id fieri posse per factam renuntiationem seu condonationem etc. In praxi vero difficile haec fieri ita poterunt, ut saepe debitoris animum non subeat aliqua factae compensationis suspicio et gravia inde incommoda creditori possent obvenire, v. g. si agatur de famulo. Haec itaque si ab hac ratione agendi creditoris timeantur, omitti ipsa poterit et si quod inde damnum alteri accidat, sibi suaeque iniquitati imputet; creditor enim usus est iure suo, ut supponitur, qui in usus pios aut in pauperes, quod plus accipit, expendere poterit.

Tertio caveri debet, ne aliud sequatur damnum ac ne plus accipiat quis, quam sibi debeatur. At si forte damnum sequatur, valere heic debet, quod creditor usus est iure suo, et si accepit solum quod sibi debebatur, esto quidquid debitori evenerit.

6ª conditio similis praecedenti est, ne ex compensatione obveniat damnum tertio, qui v. gr. accusetur furti: id tamen obstare non debet, si *notabile* damnum tuum esset: laederes autem caritatem, si posses differre aut omittere sine notabili tuo detrimento. Croix. n. 968. Ceterum damnum tertii est per accidens.

7ª conditio est, ne fiat iniuria alteri tertio, v. gr. si te compenses re, quam debitor alteri locavit, commodavit, dedit pignori aut deposito.

Item si essent alii creditores, qui te praecederent, aut quibus saltem partialis debetur solutio.

8ª demum conditio est, ut aliter rem tuam obtinere non possis. Quod fit, quando deberes per litem aut publicam potestatem debitorem cogere, ex quo sequerentur magnae expensae, iactura amicitiae, aut iactura gratiae utilis.

Quidam hanc conditionem ita enunciat, non licere compensationem, nisi ubi nulla adest spes probabilis debitum recuperandi. Intellige, *sine gravi aliquo incommodo.* Nam etsi spes non probabilis modo sed certa foret recuperandi suum per recursum ad iudicem; si hic tamen recursus creditorem gravibus litium, expensarum, inimicitiarum difficultatibus ac molestiis implicaret, non esset ipse ab occulta compensatione prohibendus. Ceterum hoc pacto prospicitur etiam debitori; nam si in ius vocetur, maioribus premetur expensis.

Haec conditio octava si desit, quidam putant peccatum esse mortale compensationem occultam; forte quia esset contra ordinem iuris et perturbationem in republica induceret. Id vero aliis, quos citat Lugo disp. 16. n. 91. durum videtur; quia e contrario neque scandalum communiter neque gravis reipublicae perturbatio sequitur ex hac ordinis inversione.

Lugo ibid. sic distinguit: si rem tuam accipis quae adhuc in dominio tuo est, vel in aequivalenti sed in eodem genere, ut triticum pro tritico, pecuniam pro pecunia, peccatum grave non videtur. Si vero rem alterius generis sumis, fieri potest ut gravis damni causa sis debitori; qui, praeter amissionem eius quod tibi debet, cogatur grave praeterea incommodum subire fierique potest ut hoc incommodum sit leve vel nullum. In hac altera hypothesi peccabis ad summum venialiter, in priore mortaliter; cum nulla sit ratio huius gravis damni inferendi.

Ceterum consuetudo admittit (Croix n. 965.) sine ullo peccato posse te, propria auctoritate rem tibi furto sublatam sumere, si penes furem sit.

42. Quaeritur, an occulta compensatio licita sit etiam famulis. Nam hanc prop. 37 ab Innoc. XI. damnatam scimus: « Famuli et famulae domesticae possunt occulte heris suis surripere ad compensandam operam suam, quam maiorem iudicant salario ».

Respondeo, vitium huius propositionis residere in generalitate, quasi dicas, quidquid iudicent famuli sibi deberi, hoc occulte eos posse surripere, etiamsi non cum certitudine iudicent: quod sane innumeris furtis viam aperiret. Nec puto, quempiam haec unquam docuisse; videntur potius in acceptis referenda malae fidei quorundam, qui plures confictas propositiones coacervarunt ad invidiam quibusdam conflandam.

43. Iam vero, cum generatim iusta compensatio licita sit et absonum sit, Pontificem per hanc damnationem voluisse obligare famulos contra iustitiam: hinc dicendum, famulis id licere quod aliis licet atque adeo eis licere compensationem, si reliquae adsint conditiones.

44. Itaque 1° Si salarium sit constitutum ac pactum, nisi certum sit, attentis omnibus, illud non pertingere ad limites saltem infimi pretii iusti, famulus neque exigere neque occulte aliquid sumere potest: secus furti reus erit, si dominus invitus praesumatur. At, si salarium eos limites non attingat, aliter dicendum. Exceptionem indicabimus n. seq.

2° Pretium autem iustum ex communi aestimatione et usu definiendum est. Qua de re advertendum, quemadmodum in rebus ceteris, ita in operis famulorum pretium excrescere vel decrescere posse pro maiori vel minori copia ipsorum. Ergo sicuti non putant famuli et operarii iniquum, quod exigant maius pretium, quando pauci sunt operarii et operum magna est necessitas: ita iniquum reputare non debent, si alias, ob copiam operariorum et exiguam operum indigentiam, pretium minus tribuitur. Et hoc sensu accipiendum est quod aiunt; non censeri iniquum pretium, quando eodem pretio alii famuli possunt reperiri.

45. Veruntamen fieri potest, ut pretium *constitutum* sit minus iusto etiam infimo secundum aestimationem et usum communem. Et si famulus nulla necessitate cogente id admisit, tunc censetur velle donare. Sed vix

unquam id accidit. Frequenter id contingit, quod herus abutitur necessitate alterius et famulus paupertate ac miseria impellente admittit et acceptat pacta, quae alterius improbitas imponit. Sunt autem qui in hoc casu negent famulo ius compensationis, quia, ut inquiunt, sponte ac libere cessit iuri suo: ita inter alios Croix lib. 3. part. 1. n. 975. Sed communissima et certa est opposita sententia, quia famulus non sponte sed coacte cedit.

Id vero habere locum potest, etiamsi alii sint in promptu, qui pro tali mercede operam locent; quia non minus et istos cogeret necessitas. Adverte etiam aliam causam. Nam uti venditores mercium vini v. gr. ciborum etc., ut ad se attrahant emptores, minori pretio offerunt, sed interim occulto aliquo modo se compensant: ita solent et famuli et operarii et fabri. Unde minus istud pretium est mera simulatio nec potest adduci ut ratio, cur alius iusta mercede careat.

Imo non puto falsam sententiam Molina disp. 506. n. 4., quod quando intervenit coactio, praesertim si iniustitia in compulsione appareat, quia v. gr. domini, principis etc. minister minis aut alio modo impellit etc., teneri herum ad restituendum usque ad pretium *medium* atque adeo posse compensationem ad hunc limitem protendi.

46. Quoad ea, quae famulus praestet praeter operam debitam, regulam generalem facile dant recte Doctores (Croix n. 976. Ligor. n. 523.): si occupetur in aliis, ad quae non est conductus, ex voluntate domini vel tacita (si secus forte indignaretur, aut minus benevole tractaret) vel expressa, locus est compensationi; quia labori merces debetur. Si vero sponte auget operas et obsequia gratuita, censetur gratis id agere ad conciliandam sibi domini gratiam et horum remuneratio libera est domino. Adderem tamen, praesumi posse quemdam consensum domini sin minus ad plenam mercedem, ad remunerationem tamen aliquam. Ita si v. gr. ancilla sponte assumit onus purgandi pannos, deferendi onera, consuendi vestes etc.

47. Viva in prop. 37. Innoc. XI. n. 6. et cum eo Croix n. 974. censent « ad decidendum, num pretium sit minus iusto, oportere ad plurima advertere, quae nonnisi a peritis, doctis et piis aequa lance perpendi possunt ». Unde esset consequens famulum in hac re nunquam posse iudicio suo agere, imo neque alicuius confessarii, qui sit minus doctus, quod et alii dicunt.

Merito ab his dissentit s. Alph. n. 524. Et non diffiteor, optandum, ut famulus prius consulat confessarium: at ubi manifeste de re constet, nihil vetat, quominus ipse decernat.

Et sane nescio, cur non possimus immunem ab hallucinatione in hoc negotio existimare famulum, quando res est, quae captui ipsius par est.

Nonne arbitrio communiter parentum permittitur et permitti debet gubernatio familiae, correctio, emptio etc.? Scilicet quilibet rem suam satis callere censetur. Ad haec nonne viri docti de his interrogare deberent famulos, qui peritiores in sua re censeri merito possunt? Potius de *sincero* famuli iudicio ambigendum in re sua; unde et monendus, agere eum oportere, non secus ac si res alterius ageretur et ipse locum domini teneret.

48. Ubi vero agatur de illis famulis, qui inserviant, nullo constituto stipendio (vid. Molin. disp. 506. n. 8.), spectanda consuetudo et sicubi damnum inferatur, iisdem regulis, ac supra, res componenda.

49. Denique adverte 1° Quod de famulis dicitur, ad omnes operarios, artifices et ministerio officiove fungentes esse extendendum.

2° Si quis, non quia indiget opera pauperis, sed ut habeat occasionem ipsum aliqualiter alendi, eum recipiat utcumque in famulum, minus stricte debet ei commune pretium mercedis: nisi tamen hac occasione eo utatur ad opera, quae exigerent reipsa operarios aequa mercede conducendos.

Dub. II.

De materia gravi in furto

VI. Variae ea de re sunt sententiae. Nav. nimis scrupulose statuit medium Regalem: alii nimis laxe 10. aureos: moderatius Tol. Med. Less. etc. duos Regales; etsi minus sufficiat, si notabiliter noceat.

Respond. Ea non mathematice, sed moraliter metienda est, non tantum ex valore rei ablatae, sed etiam ex circumstantiis personae, cui aufertur: si nimirum ei grave damnum inferatur, aut saltem caritas christiana graviter laedatur. Quomodo respectu valde divitis, imo etiam Regis, unus vel alter aureus notabile quid videtur: respectu vero mediocriter divitum, quatuor circiter Regales, sive medius Imperialis: respectu mechanicorum duo: respectu pauperis unus. Ita nunc plerique cum Bon.

50. Quaelibet ablatio rei alienae, domino rationabiliter invito, iniuria est et furtum, etiam unius oboli ablatio vel maxime diviti: at quisque sentit non in quolibet furto gravem esse iniuriam, propter quam dominus sit graviter rationabiliter invitus; non enim semper infertur grave damnum in quo gravitas iniuriae consistit. Hinc quaestio: quaenam censenda materia gravis in furto.

«Doctores fere omnes, inquit Lugo disp. 16. n. 21., post longam inquisitionem et magnum studium, ut materiam aliquam determinarent furti gravis, ingenue fatentur, non posse regulam aliquam fixam constitui, sed totum id pendere a iudicio morali, ita ut Deus sciat, quando heic et nunc materia sit gravis: nos autem in dubio debemus abstinere. Nam licet possimus certo determinare materiam aliquam, quae sit levis v. gr. unum obolum vel assem et alteram, quae certo sit gravis v. gr. centum

aureos: inter tamen duo illa extrema non possumus definire, quae sint confinia utriusque materiae, ita ut citra talem summam sit levis, ultra illam sit gravis. Conantur vero aliquas regulas morales assignare, ad dignoscendam saltem in confuso utramque materiam, quae, iuxta uniuscuiusque genium et ingenium, aliquae nimis strictae, aliquae nimis laxae sunt ».

51. Attamen, ut ipse Lugo n. 35. subiicit, lex naturae postulat, ut certa quantitas furti gravis determinetur, citra quam quantitas paulo minor, v. gr. uno vel duobus obolis inferior, possit sine gravi peccato accipi. Alioquin enim vel omnia etiam minima furta gravem habebunt reatum, vel nullum furtum etiam maximum erit grave peccatum. Nam, nisi per levissimam distantiam transitus fiat aliquando a levi ad gravem materiam et vicissim; nunquam perveniemus a materia certe levi per incrementa exigua ad gravem et a materia certe gravi per decrementa exigua nunquam deveniemus ad levem.

Haec vero incertitudo confinium inter gravem et levem materiam atque necessitas haec determinati cuiusdam termini inter gravem levemque materiam, maxime impeditam reddunt solutionem huius quaestionis.

52. Nescio an ad Doctores, de quibus Lugo loquitur, respiciat Croix libr. 3. p. 1. n. 979. cum ait: « Aliqui putarunt, non posse assignari regulam universalem, unde desumatur gravitas materiae in furto; sed hos recte confutat Esparza *de Iust.* q. 27 ».

Verum quidquid demum dixerit Esparza, ipse Croix non admodum profecisse videtur; nam nihil magis fixum nobis praebet, quam praebuerint reliqui Doctores; quin et ipse fatetur, quod alii affirmant, difficile esse normam assignare.

Sic ipse n. 981.: « In statuenda hac regula (gravitatis relativae) communis est difficultas suntque diversissimae sententiae ». Et rursus n. 982.: « Etiam in statuenda quantitate *pecuniae* pro materia gravi furti sunt aeque diversae opiniones ». Denique ibid. n. 983.: « Probabilius est, non posse pro regula universali statui unam certam quantitatem pecuniae, quae sit materia absolute gravis, sive quae ad mortale requiratur et sufficiat respectu omnium: est nunc satis communis ».

53. Ceterum laudatus a Croix Esparza regulam generalem hoc pacto putat posse constitui. 1° Eodem modo ac peccatum grave a levi distinguitur, quatenus dissolvit vel non dissolvit amicitiam cum Deo: sic amicitia proximi dissolvitur per nocumentum illi illatum.

2° Iniustitia maxime est provocativa irae atque adeo maxime inimica mutuae paci, benevolentiae et caritati et pro mensura affectus erga res, exsurgit sensus doloris et irae ex eius subtractione. 3°. Hinc patet optima regula gravitatis et levitatis iniuriarum, prouti nempe in-

iuria ex rei natura dissolutiva est vel non dissolutiva amicitiae ac benevolentiae mutuae et concitativa irae et inimicitiae seu irae, quae animum patientis avertat ab iniuriante. Esparza lib. 8. *De virtute iustitiae* q. 27. art. 11-16.

Et hanc regulam adoptavit Croix n. 979. inquiens, pacem communem, tranquillitatem publicam, mutuam coniunctionem et amicitiam hominum inter se, esse regulam illam obiectivam, qua mensuratur gravitas vel levitas iniuriae.

Verum quo tandem recidit haec regula? Utique Esparza studet occurrere ibid. art. 16. difficultati obviae, nempe pro diversa indole magis minusve esse homines proclives ad iram, ad amicitiam dissolvendam etc. et ideo statuit, *ex rei natùra* id considerandum.

At 1° quid reponent, si quaeratur, quaenam sit quantitas damni, ob quam *merito* dissolvitur amicitia? 2° Si statuas v. gr. 60. obolos hanc mensuram attingere, nonne reponet alius, inimicum quoque esse paci, amicitiae etc. surripere 40. aut 50. obolos?

Ergo non solvitur his difficultas: sed transfertur ad aliam quaestionem, si tamen sit alia et non potius eadem quaestio diversis vocibus proposita.

54. Ut itaque ad magis practicas doctrinas veniamus, adverte, communem esse distinctionem in materiam *absolute gravem* et *respective:* ut prior sit gravis respectu omnium ideoque respectu quoque maxime locupletum et semper talis censenda sit; altera vero sit gravis respectu quorundam, cum tamen respectu aliorum levis haberi possit. Cumque agatur de laesione iustitiae per ablationem rei alienae, dicendum est, quandam esse quantitatem, quae gravem laesionem constituit respectu cuiusvis; quandam vero, quae graviter laedit solum quosdam, non autem omnes.

Porro, ut innuit Lugo disp. 16. n. 23., gravitas sive absoluta sive relativa inde exsurgit, quod grave inferat damnum; damnum autem grave dicetur, quando considerata damni quantitate relate ad personam, cui infertur, haec gravem privationem experitur, graviter dolet graviterque reluctatur et molestiam *iuste* gravem experitur.

55. Veruntamen in statuenda illa mensura aliae non leves difficultates occurrunt: quas breviter innuit s. Alphonsus, ubi ait lib. 3. n. 527. in damni gravitate perpendenda habendam esse rationem non modo personae cui infertur, sed etiam circumstantiarum, locorum, temporum, rerum etc.

56. Heic autem noto, in primis, distinguendam esse gravitatem furti ab aliis causis, quae gravem faciunt iniuriam. Videlicet grave peccatum esse potest non ratione pretii rei ablatae, sed ratione damni, v. gr. si acum sartori, si sutori subulam, si fabro lignario aut ferrario malleum auferas.

Interdum gravis esse potest molestia etiam damno non gravi sequuto, uti si v. gr. clavem horologii auferas, ubi huiusmodi claves reperire non est; si pilam auferas, ubi plures, partim ad ludendum, partim ad spectandum parati, honestam volebant recreationem captare: si fraenum aut ephippium auferas ita, ut equitare vir nobilis non possit etc. Si gravis molestia sequatur ob singularem affectum erga rem, erit grave contra *caritatem*, v. gr. si puero passerulum, vel pupam puellae auferas. Hinc ablegandum quod et Auctor miscet, quod graviter laedatur *caritas christiana:* non de obligatione caritatis eiusve laesione, sed de damnosa iniuria contra iustitiam sermo est.

57. Quod itaque superius innui ex Ligorio de circumstantiis spectandis, id verissimum est *sive de absoluta gravitate* mensuranda agatur, *sive de respectiva.*

Ratio est, quia relate ad personas eiusdem conditionis eadem res pro diversitate locorum ac temporum ac circumstantiarum, diversum sortiri solet valorem ac propterea diversum damnum afferre eius ablatio. Unde fit, ut *absolute* quoque re spectata h. e. respectu omnium, modo gravius modo levius damnum ex eius ablatione sequatur. Modius tritici plus valoris habet tempore egestatis, quam copiae, plus ubi ab extraneis est emendus, quam ubi triticum nascitur.

Idipsum et de pecuniae valore dicendum est. Apud Peruanos, inquit Lugo disp. 16. n. 25., propter magnam auri argentique copiam, octo argentei non pluris fortasse fient, quam in Europa duo. Quod et contingit propter temporum diversitatem: « Quibus olim 50. aurei ad victum sufficiebant, hodie non sufficiunt 150. », ait Lugo ibidem. Unde concludit: « Cum ergo duo argentei longe utiliores olim essent quam nunc sint ad vitae necessaria comparanda, non potest regula certa furti gravis ex tot argenteis desumi, quorum utilitas successive variatur et quorum idcirco carentia non semper et ubique aequale damnum parit ».

58. Imo inconstantia valoris pecuniarum effecit ut plures DD. materiae gravis mensuram a pecuniae certa quantitate nequaquam sumendam putarent. Ita Molina *de Iust.* tr. II. disp. 685. n. 2.: « Imprimis arbitror, rem hanc definiendam non esse quantitate pecuniae. Ut enim disp. 406. ostensum est, minime variata pecunia..., accrescit et decrescit valor illius multitudine aut paucitate ipsius... Quo fit, ut ad definiendam summam, quae satis sit, ut furtum sit culpa letalis comparatione omnium locorum ac temporum, non sit apta certa regula dicere, esse certam pecuniae quantitatem, ut duos, tres vel quatuor regales argenteos. Quoniam ubi minus valent ob maximam pecuniae abundantiam, minor laesio minorque iniuria proximo fit in furto valoris summae eius pecuniae, quam ubi plus valent et ubi plus valent ob pecuniae magnam penuriam, maior

laesio maiorque iniuria proximo fit in furto eius valoris summae pecuniae, quam ubi minus valent. » Et Card. Lugo *de Iust.* disp. 16. n. 25.: « Nec etiam designari potest valor redactus ad tantam pecuniam pro materia gravi; quia valor ipse pecuniae seu eius aestimabilitas non est aequalis in omni loco et tempore».

Verum cum et ceterarum quoque rerum atque operarum valor variare soleat, in more autem sit positum valorem bonorum omnium materialium, circa quae furta exercentur, aestimare pecunia: licebit profecto hac consueta regula adhuc uti, qua tandem et illi doctores utuntur, ut certa quantitas furti gravis vel levis significetur certa pecuniae quantitate aut eius aequivalenti; dummodo habeatur ratio incrementi et decrementi eius valoris pro locorum et temporum diversitate: quae quidem ratio habenda esset quoque, puto, si in alia re mensuram collocares.

Audiamus nunc quasdam DD. regulas.

59. Generalem quandam normam proponit Ligorius lib. 3. n. 527. sic: « *Communiter* DD. dicunt, in furto illam esse gravem materiam, quae alicui iuxta conditionem suam in die sufficeret *pro sui suaeque familiae* sustentatione; in qua... non solum computatur victus, sed etiam vestitus et habitatio ».

Haec regula videtur statuere quantitatem absolutam materiae gravis. Ratio est, inquit Croix n. 985., quia merito ab omnibus multum aestimatur, posse pro una die honeste subsistere; idcirco is, cui illud, quod ad hoc confert, tollitur, vere redditur miserabilis pro illa die: ergo censetur dari illi causa gravis contristationis et amicitiae dissolvendae.

60. Ubi vero ad pecuniae quantitatem quaestio transferatur, Croix n. 986. tanquam materiam absolute gravem dicit valorem duorum ducarorum. (*Ducatus aureus* in moneta romana sec. XVI. et deinceps, aequivalebat decem *iuliis* a Iulio II. dictis, qui deinceps et *pauli* vocati a Paulo III. Nummus ergo aureus, de quo ista aetate Romani loquuntur, ille est qui respondet modo plus minus quinque francis).

Si autem haec ponitur ceu materia absolute gravis; ergo satis est, etiamsi agatur de regibus, aut quibusvis hominibus utrumque ditissimis.

61. Haec tamen altera sententia non videtur satis cum priore cohaerens, non apparet nempe, quomodo huiusmódi quantitas debeat gravis haberi quoad omnes. Quomodo enim statues, duo scutata aut duo cum dimidio seu tria (pro diverso *aurei* valore) esse eiusmodi quantitatem, quae regi, vel viro principi aut ditissimo sufficiens sit singulis diebus pro victu, vestitu et habitatione? Ea enim sufficiens huic scopo quantitas dicitur materia gravis. Praesertim si addas cum s. Alphonso, computandum esse quod in sui et *familiae* quoque sustentationem opus est? Croix n. 997. ad obiectionem, quod pro sustentatione diurna potentissimi Regis non

possit sufficere *duplex ducatus*, negat Antec. additque, principes regibus pares non dare in dies pro victu proprio nisi circiter ducatum pro singulis accumbentibus et tamen oeconomum inde etiam lucrari.

At ista sunt paradoxa: vix ullus est Cardinalis, qui pro sola habitatione non expendat in diem duo scutata (a): diurna sustentatio praeterea complectitur, praeter victum, ut diximus, ordinarias alias expensas, etiam pro famulis alendis.

62. Sed et alia occurrit in ea sententia difficultas. Nam quis non videt, maius damnum afferri pauperi, si pretium diurni laboris auferas, quam si ditissimo auferas duos ducatus, quin et si centum aureos rapias? Et reipsa videmus, opulentissimos nihil ferme sentire iacturam v. gr. domus, messis etc. Quo pacto ergo est absolute, h. e. pro omnibus grave, quod ditissimis leve damnum affert, levius certe damno, quod afferret pauperi ablatio dimidiatae sustentationis diurnae?

63. Persensit hanc difficultatem Lugo disp. 16. n. 29. nec diffitetur deesse proportionem inter id quod grave censetur pro divite ac pro paupere: « Maior est, inquit, absque ulla proportione excessus facultatis regis opulentissimi, supra facultatem divitis ordinarii, etiam Marchionis aut Comitis, quam excessus divitis super facultates civis vel hominis communis: tamen non requiritur ab iis DD. (quos citavit) tantus excessus in furto gravi regi facto supra furtum factum diviti, quantus in hoc respectu furti facti homini communi ». Adverte quod Lugo non aegre consentit iis, qui dicebant unum aureum esse materiam gravem etiam respectu regum n. 28. Ut ergo difficultatem solvat, ad aliud se recipit principium, quod est huiusmodi: non posse non censeri graviter interdicta illa omnia, quae si in morem deducerentur, salva et tranquilla consistere non posset societas eiusque pax et felicitas. Atqui semel ac graviter non interdicerentur eiusmodi furta, adeo ut restituendi onus necessario subsequatur, sus deque verterentur omnia nec gravissima damna ditiorum vitarentur etc. (b).

64. Et haec responsio non caret quidem robore; sed non solvit omnino difficultatem. Nam, ut ipse Lugo observat, statuta semel duorum aureorum norma pro gravi furti materia, ergo furtum unius aurei, aut unius

---

(a) Haec scribebat B. cum Romae res florerent. E.

(b) Cl. Lehmkuhl V. 1. n. 931. advertit divisionem bonorum, seu privatam proprietatem exsistere et servandam esse tum ut inter *singulos homines* pax et concordia maneat tum ut *pro universa humana societate* consistat securitas et necessarium incitamentum ad laborem et industriam habeatur. Prior ratio graviter prohibet laesionem quae apta sit dissolvendae paci et gravi tristitiae alteri inferendae et sic materia furti *relative* accipitur. Altera ratio eam laesionem graviter prohibet, quae si impune liceret, grave periculum securitati societatis crearet: secundum hanc sumitur quaedam materia gravis *absolute*. E.

cum dimidio, erit furtum leve. Porro nonne eadem sequerentur incommoda ex huiusmodi furtis?

Ergo alia ratio quaerenda videtur. Et haec esse potest, quod licet summa duorum aureorum (loquamur nunc secundum sententiam plurium veterum, cf. n. 59.) censeri possit levis momenti, si comparetur cum ingentibus divitiis, quas quis habet; at non est levis momenti, si ratio habeatur utilitatis et commodi, quod ex ea summa percipi potest: neque ex eo, quod abundantia divitiarum praebeat modum, illam utilitatem aut commodum centies parandi, sequitur, hanc utilitatem esse levem et non iuste esse quemquiam graviter invitum, si sibi subtrahatur. Nonne enim sufficit illa summa v. gr. ad alendos in diem 20. pauperes? Nonne ad vestem pauperi suppeditandam? Ergo graviter invitus etiam ditissimus esse iuste potest: nec abundantia efficit, quominus gravis ea summa censeri debeat.

Secus si gravitatem absolutam damni existimari vis solum ex proportione cum singulorum divitiis, eo rem adduces, ut pro ditissimo, cuiusmodi sunt plures Angli, non sufficiant mille franci, quorum subtractio minus detrimenti eorum rei oeconomicae affert, quam subtractio unius franci operario italo; sive eo rem adduces ut nulla sit materia absoluta et pro singulis personis gravitas rei pensanda sit ratione habita suarum facultatum. Id autem, praeterquam quod refragatur sensui communi DD. imo et fidelium, grave illud periculum societati crearet, de quo loquebatur Lugo, cuius argumenti vis in hac hypothesi nequit negari.

65. Sed quaestio restat quoad determinatam quantitatem.

S. Alphonsus lib. 3. n. 527. enumerat saltem 20. Auctores, qui quoad ditissimos pro materia gravi exigunt duos vel etiam tres aureos. Imo *plurimis* tribuit sententiam, quod tres aurei requirantur; quam sententiam a Laymann communem dici testatur. Aureus autem communis scutato romano aequivalet. Et ex hoc patet, horum DD. iudicio materiam gravem *absolute*, quae scilicet nunquam levis culpa censeri possit, saltem summam trium aureorum attingere debuisse.

Certe in pecuniae valore varietas deprehenditur pro temporum varietate. Quae quidem diversitas etiam attentius consideranda est, ut Doctorum de hac re mens accurate cognoscatur. Iam enim inductam hanc varietatem sic aetate sua advertebat Molina *de Iust. et iur.* tract. 2. disp. 685. n. 2., qui anno 1600. obiit. *Quae octaginta antea annis emebantur aut conducebantur uno, non emuntur neque conducuntur hodie quinque aut etiam sex.* At enim post dimidium seculi valorem pecuniae plus adhuc imminutum sic notat Card. Lugo *de Iust. et iur.* disp. 16. n. 25., qui obiit an. 1660: *Scimus etiam, apud nos ipsos adeo decrevisse pecuniae aestimationem... ut quibus olim* 50. *aurei ad victum sufficie-*

bant, hodie non sufficiant 150. Quid vero ab ea aetate ad nostram usque de pecuniae valore factum sit, nemo ignorat. Si enim et s. Alphonsus lib. 3. n. 383. ingens in hac re discrimen adnotat inter suam et Croix aetatem (Croix autem Lugo paulo suppar exstitit), facile patet, quid diebus nostris sentiendum sit, quando stupent omnes et conqueruntur, rerum pretia brevi temporis intervallo in immensum excrevisse, seu, quod in idem recidit, pecuniae valorem in immensum decrevisse.

Hinc vero sponte sua sequitur, mensuram materiae gravis in furto (praesertim si de materia *absolute* gravi sermo sit) non apte desumi a veteribus ita, ut limites ab illis tunc praescripti etiam nunc ex ipsorum auctoritate definiti censeri debeant. Ita cum habeas apud s. Alph. lib. 3. n. 527. Silvestrum, Angelum, Sotum, Cordubam, Arragonium, Rodericum etc., qui antiquiores sunt Ludovico Molina; et qui ad materiam absolute gravem tres aureos, tria scilicet ad minus scutata requirunt, quorum alioqui sententiam Laymann, Molinae suppar, communem appellat (apud s. Alph. l. c.): profecto quisquis eorumdem Doctorum iudicio definire rem velit, necesse prorsus est, ut rationem habeat mutationis, quam pecuniae valor ab ea aetate ad nos usque subierit, cuius quidem rationem non satis videtur habuisse Gury § 607. (a).

66. * Quaestionem hactenus expedivimus potius negative. At si nostra sententia quaeratur, fatemur rem difficillimam nobis videri, cum cavendum maxime sit theologo, ne peccatum mortale definiat, ubi non est. P. Lehmkuhl Germanus materiam absolute gravem (V. I. n. 931.) generatim censet 20. francos: P. Bucceroni *Enchir. mor. app. com.* 2. n. 8. et d'Annibale, quem sequitur, Itali summam requirunt excedentem 30. fr. Alii forte mallent aliquid medium inter hos duos terminos: sed, ut patet, determinatio adeo pressa ex quodam sensu et tactu pendet, potius quam ex certa et definita ratione.

67. Secundum haec definienda materia relative gravis. Forte pro divitibus praestantibus non tamen opulentissimis, sufficient tres aut quatuor aurei: pro divitibus ordinariis, duo aut tres: pro exercentibus artem liberalem eaque honeste viventibus, unus aureus: pro operariis, qui partem lucri reponere valent, tres aut quatuor fr.: pro iis qui lucrantur plus minus quotidianum victum, erit diurna merces: pro mendicantibus id quod quotidianae sustentationi est necessarium.

68. Quaeres an regulae statutae admittant quandam latitudinem. Quod spectat ad regulas materiae relativae, quoniam conditiones singulae ho-

---

(a) Solet a quibusdam tribui hac in re patri B. sententia quaedam laxior: illud testari possum, nihil me in istis eius adversariis reperisse ab eo definitum in hac quaestione. E.

minum, ad quas referuntur, non sunt in indivisibili sitae, variari eas oportet iuxta rationem subiecti; nam nec omnes operarii e. g. nec omnes mendicantes sunt pares. Si vero spectetur materia absoluta atque etiam relativa comparata cum ea conditione hominis, a qua exigi censetur, utique si quid minimum comparative desit, valere poterit axioma: *parum pro nihilo reputari.* At per se vera latitudo non est admittenda; ita ut e. g. materia absoluta adhuc censeatur talis, si desit dimidium franci.

Nam sistendum est in aliquo termino, sub quo materia sive absolute sive relative non sit amplius gravis. Id explicat Lugo n. 75. exemplo legis humanae, quae statuat poenam mortis furto 200. ducatorum: si furtum ab ea summa paululum distet, ea poena non plectitur. Quae lex, ait, est prudens et iusta; quia ille terminus necessarius est, ut furta graviora graviori poena eaque certa puniantur. Porro idem facit lex naturalis, statuens quandam materiam sub gravi prohibitam, ut arceantur furta graviora. Tum idem ratione probat; quia nisi sit huiusmodi terminus statutus, vel quodlibet furtum dici poterit leve, vel quodlibet grave, cf. n. 51.: quae duo sunt maxime inconvenientia. Eo autem termino statuto, utique quod ab eo parum distat, non erit amplius materia gravis; sed hoc inconveniens permitti a natura debuit; quia vitari non potuit, nisi incurrendo in illa alia duo, quae sunt graviora. Lex ergo naturae terminum hunc statuit pro quantitate absoluta et relativa, quam Deus certe novit: nos autem theologi divinare studemus, argumentis plus minus suadentibus *.

Unde resolves.

VII. 1. Grave peccatum est auferre rem parvam domino valde proficuam, verbi gratia sartori acum, quam unicam habet nec habere aliam potest, qua se alat. Less. l. 2. c. 12. d. 8.

69. Habes gravem damnificationem, non furtum grave.

VIII. 2. Grave item est (etsi non in specie furti) si fur sciat ex iactura rei parvae domino secuturam valde magnam molestiam, v. g. quia valde ad eam afficiebatur nec similis recuperari potest: nisi tamen res sit nullius prorsus momenti. V. Bon. d. 2. q. 8. p. 1.

70. Erit gravis offensio caritatis, non autem gravis laesio iustitiae, de qua nunc loquimur: cf. n. 55. Dictum est quidem n. 53. gravitatem furti pendi quodammodo ex gravitate molestiae, quam affert domino qui re privatus graviter dolet, graviter reluctatur: sed id est ita intelligendum ut in ipsa rei privatione sit ratio cur graviter doleat: quocirca diximus, quod molestiam *iuste* gravem experitur. Haec scilicet ex communi sensu et ex eo, quod inter homines est consuetum, perpendi debent, non ex peculiari alicuius affectu.

IX. 3. Plus requiritur ad notabilem quantitatem in rebus, quae ultro proveniunt et sunt valde expositae, v. gr. fructus ad viam publicam. V. Less. l. c.

71. Ad 3. Falsa est allegatio Lessii, sed est Bonacina n. 10. eodem loco, ac in praec. Resolutione 2ª.

Bona autem est ratio, quam Bonacina ibid. addit, sc. « parvitatem materiae non eandem esse in omnibus rebus, sed variam pro varietate conditionis et eandem rem uno tempore non sufficere ad mortale, alio vero tempore et alio loco sufficere. Ratio est, (inquit), quia una et eadem res magis uno modo aestimatur, quam alio, ut res, quae sunt in campis, minus aestimantur quam valeant domi vel quam vendantur in foro. Similiter aliquae res minus aestimantur ratione periculi, cui sunt expositae, aut ratione difficultatis, qua custodiuntur, aut ratione alterius circumstantiae, quam aestimentur aliae res, quae huiusmodi periculo vel difficultati non subiacent. Ob id minus aestimantur fructus pendentes quam collecti ».

Et exinde concludit Bonacina, ad peccatum grave modo maiorem modo minorem requiri quantitatem pro diversitate circumstantiarum, quae augent vel minuunt rei pretium.

X. 4. Plus item, si quis a diversis, vel ab uno interpolatim parva et plura furetur. Vide Less. l. c. n. 46.

72. De 4. resolutione dicetur in sequenti dubio III.

S. Alphonsus lib. 3. n. 529. quaestionem instituit de silvis caeduis (quod et ad pascua transferendum). Et ex communi ac probata DD. sententia statuit, moderatam caesionem in silva communitatis propriae aut vicinae non damnandam peccati saltem gravis; quia communitates censentur contentae *mulctis*, quae in violatores prohibitionis statutae sunt. Secus, si sit hominis privati; valere enim tunc debent regulae generales de furto. Sed de hoc etiam ad resol. 3. artic. 2. dub. 6. cap. 2, ubi de restitutione, sermo redibit.

Dub. III.

De furtis minutis.

XI. Resp. Hic quoque quantitas laesionis vel damnificationis, quae fit proximo et quam fur intendit, est mensura quantitatis peccati. Vide Less. l. c. Sanch. l. 7. c. 21.

73. Tripliciter evenire minora haec furta possunt: 1° quando quis saepius aliquid parvum eidem personae: 2° quando saepius parvum furatur diversis personis: 3° quando plures eidem furantur singuli quidem parum quid, sed ex parvis furtis gravis summa coalescit.

74. Quoad duos primos modos (nam quoad tertium nihil est quod huc spectet, sed spectat ad quaestionem de cooperatione), materiam ad furtum grave necessariam doctores negant sufficere ad grave peccatum in furtis minutis.

Ratio est, inquit Lugo disp. 16. n. 47., iuxta omnes, quia domini non ita facile sunt inviti in his furtis interpolatis *et fortuitis*, sicut si semel fierent aut ex intentione furandi multum. Et Elbel Conf. 10. n. 290. *de Restit.*: « Ratio est, quia cum domini huiusmodi furta successiva et quasi insensibiliter facta non ita sentiant, hoc ipso non censentur tam graviter inviti, quam si magnum quid unica ablatione fuisset ablatum ».

Qui severius loquuntur, tenent in minutis furtis factis eidem personae requiri saltem *plus dimidia parte* eius quantitatis, quae censeatur grave furtum: imo plures exigunt non modo plusquam dimidium sed et duplum.

75. S. Alphonsus paulo severius lib. 3. n. 350.: « Mihi aequius videtur, ut dicunt alii *apud Elbel*, quod si furtula fiant eidem per intervalla, aut diversis eodem tempore, requiritur et sufficit ad materiam gravem simplum cum dimidio, v. gr. si simplum sit 4. iulii, sex iulii. Si vero utrumque concurrat, nempe si fiant diversis et discontinuatim, censeo requiri duplo maius, sc. OCTO quod est duplum simpli, scil. 4. ».

Verum 1° Elbel non habet istas distinctiones et sic dicit: « Ad constituendum furtum mortale longe maiori quantitate opus est, quando furta fiunt successive in quantitate modica, sive dein ab eodem (domino) sive a diversis, quam si multum unica ablatione auferretur putantque *doctores*, requiri *ad minimum plus dimidio*. Croix vero n. 1011. testatur: « Admittunt omnes cum Cardena, ad materiam gravem tum (cum furta minuta fiunt eidem diversis vicibus) requiri amplius v. g. *duplo plus* quam sufficeret, si simul auferretur ».

2° Nulla omnino apparet ratio, cur mutari quantitas debeat (ubi agitur de pluribus, queis sublatum sit), ut alia sit, si diversis temporibus, alia si eodem tempore furtum fiat, nisi dicas in priore hypothesi fieri posse ut non coalescant furta: sed hoc pacto vagaris extra quaestionem; nam quaestio haec id supponit, ea furta coalescere: secus nulla esset quaestio.

76. Illud advertendum heic, quod monitum ab auctoribus fere non video, aliter dimetiendam gravitatem materiae in minutis furtis factis eidem personae, aliter si fiant pluribus (a).

Nam si fiant uni personae, plus utique requiretur, quam si totum semel auferretur et, si vis, duplum: at duplum esse debet illius mensurae, quae gravem reddit materiam respectu illius personae, quae e. gr. est 3. aut 4. francorum v. gr. relate ad operarium.

E contrario, si furta facta sunt pluribus, ea mensura locum non habet.

(a) Furta, quae dicuntur fieri pluribus, non ea sunt, quae fiant alicui corpori morali quod ex pluribus constat, cuius tamen membra singula nihil speciatim possident: in hac hypothesi furtum fit uni utique unitate morali. Furta fiunt pluribus, cum singuli eius, quod aufertur, sunt singillatim domini.

Scilicet sive distinguas inter furta pluribus facta sed diversis vicibus atque furta pluribus facta eodem tempore, ut pro illis plus requiras, sive non distinguas eandemque quantitatem pro materia gravi in utroque casu exigendam censeas: advertendum est, communem gravis furti mensuram desumi heic non posse ex gravitate *relativa;* damnum enim non uni infertur personae, sed pluribus, quarum tamen nulli damnum relative grave illatum supponimus. Communis igitur furti gravis mensura, quae deinceps saltem dupliciter in casu computari debeat, non ex *relativa* sed ex *absoluta* gravitate desumatur oportet, quae nimirum adhibetur, cum furta cedunt in damnum communitatis humanae: cfr. n. 63.

Unde resolves.

XII. 1. Si quis ex occasione tantum furatur, sive uni sive pluribus, modicum, non intendens notabile aliquid acquirere nec proximo graviter nocere, singulis furtis non peccat graviter, neque ea simul sumpta unum mortale constituunt: postquam tamen ad quantitatem notabilem pervenit, eam detinendo, mortaliter peccare potest. Less. d. 7. Sanch. l. 7. c. 21. Bonac. q. 8. p.2. Verum et hoc mortale evitabit, si vel tunc restituere non possit, vel animum habeat paulo post restituendi ea saltem, quae tunc accipit. Gran. Dian. p. 3. t. 6. r. 25.

77. Haec supponunt, furta in unum coalescere. Sed adverte, ea non semper coalescere. « Quis, inquit Sanchez *Decal.* lib. 7. cap. 21. n. 10. dicat, puerum accipientem hoc anno ex vineis uvam et aliquam ibidem annis sequentibus, peccare demum mortaliter ob quantitatem, quae aliquando gravis evadat? Hoc et praxis confessariorum testatur: fatentem enim furtum minimum nullus confessarius prudens interrogat, an furta minima annis elapsis commiserit ». Neque tamen negandum, quod habet Tamburini lib. 7. tr. 2. cap. 3. §. 1. n. 7. coalescere posse furta, etiamsi quis ea confessus fuerit et remissionem acceperit; quia haec circumstantia non minuit damnum alterius.

78. Quaenam porro regula certa statui potest, quandonam furta moraliter in unum coalescant, quando moraliter ita interpolentur, ut ad unam gravem materiam efficiendam non uniantur?

Sincere fatendum est, haud facilem posse regulam tradi. Nam hoc solum certum est, abesse debere animum multiplicandi furta et per haec ditescendi. Praeter hoc DD. videntur rem totam dimetiri ex intervallo, quod furta intercedat. Et nonnulli putaverunt (vid. Croix n. 1011.) moraliter uniri furtula post quatuor quoque annos: alii satis interpolari putarunt spatio unius anni. S. Alphonsus lib. 3. n. 530. probari sibi dicit sententiam Roncaglia, scilicet quod si quantitas furtorum accedat ad materiam gravem, licet eam non attingat, requiri ad vitandam coalitionem saltem spatium duorum mensium. Verum cur Roncaglia putat falsam

eorum sententiam, qui tenent, ubi agatur de rebus levioris momenti, satis ad interpolandum esse spatium 15. dierum aut mensis unius. « Mihi, inquit Roncaglia *de VII. Praec.* quaest. 5., numquam placuit haec doctrina; nam videtur posse esse rationabiliter graviter invitus dominus, quod sibi ab eodem singulis mensibus duo iulii subripiantur ». Prorsus non bene; nam graviter invitus dici poterit etiam, quod sex diversi homines auferant eodem die duos singuli iulios, aut quod unus altero quoque mense exacto, rapiat tres iulios. Et tamen ipse negaret, adesse grave furtum. Quod vero Gury §. 610. q. 5. forte laxam dicat sententiam, quae minuta furta interrumpi dicit spatio mensis, nullo reipsa fulcitur solido argumento, si universaliter id negetur; nam nec communis hominum existimatio severiori sententiae semper suffragatur. Ita v. gr. reprehenduntur quidem, qui per agros uvas, ficus, fabas, poma etc. leviusculis furtis saepe surripiunt: at vix reperies, qui notam laxitatis timeat, si etiam post plures huius consuetudinis annos non iniiciat ipsis scrupulum gravis furti, ob materiam coalescentem.

Non ergo solum norma spatii attendenda est, sed aliquid relinquendum partim naturae rei, partim dispositioni animi in eo, qui surripit, tum etiam ex communi sensu res aestimanda et ubi res incerta manet, abstinendum a severiore iudicio.

79. Quando furta coalescunt, si absit intentio ditescendi aut perveniendi ad gravem materiam: 1° singula minuta furta sunt peccatum leve. Etiam quando summa attingit materiam gravem, fieri potest, ut fur excusetur a peccato gravi ob inadvertentiam. 2° Postquam devenit ad gravem materiam et id fur advertit, peccat mortaliter, si eam detinere velit. Et hic est casus, de quo in notula addita heic a s. Alphonso dicitur: *etsi nunquam adverterit ad culpam mortalem*, scil. dum surripiebat.

80. Addit Croix lib. 3. p. 1. n. 1005., peccare graviter non solum voluntate retinendi, sed etiam surripiendo postremam partem, si advertat sic summam compleri. Nisi sit quaestio de vocibus, melius Lessius lib. 2. cap. 12. dub. 8. n. 43. dicit, postremo furto inferri damnum leve, non secus ac prioribus; grave autem inferri per hoc simul et praecedentia collectim. Ergo incurret peccatum mortale si, dum advertit, non proponit restituere, cum commode possit; tunc enim saltem implicite habet voluntatem iniuste retinendi alienum quantitate notabili: sed peccat mortaliter non voluntate accipiendi postremam illam partem, sed voluntate retinendi hanc postremam cum aliis; neque enim gravitas est in hoc postremo, sed in coniunctis quantitatibus retinendis: graviter mala ergo voluntas evadit tunc solum, cum in totum retinendum fertur.

81. Displicet Lugo disp. 16. n. 39. et magis Croix n. 1006. quod ab Auctore dicitur, heic non peccari graviter, si desit potentia restituendi.

Sic sane quaestionem Lugo proponit: « an qui post alia furta levia, quae nunc restituere non potest, addit aliud leve, ex quo et praecedentibus resultat damnum grave, peccet graviter in hoc ultimo furto ». Negare ait Lessium l. c. sed reapse ibi Lessius conditionem addit, nempe si proponeret prima opportunitate restituere. Displicet Lugo negativa responsio « quia malitia furti non oritur ex commodo, quod furi ex retentione provenit, sed ex damno, quod proximus ex ablatione patitur. In casu autem posito, sive restituere possis sive non possis priora furta, eodem modo per ultimum furtum facis, ut dominus grave detrimentum patiatur, qui adhuc non grave detrimentum patiebatur, sed leve: ergo etiamsi non possis restituere praeterita, curare debes, ne ex illis et hoc alio proximus grave detrimentum patiatur: quod facere potes, vitando hoc ultimum furtum ». Haec ratio satis idonea videtur: at ipse Lugo ibid. n. 40. concedit quod fur excusetur a peccato mortali in acceptione ultimi, si advertens ad furta praeterita, quae cum hoc ultimo constituunt materiam gravem, habeat animum restituendi quam primum praeterita: quia furari cum intentione statim vel cito restituendi non videtur peccatum grave, per se loquendo; quia damnum, quod affertur, est leve. An hoc pacto licet explicare sententiam A., nempe si impotens restituere praeterita, habet voluntatem ea restituendi, quam primum poterit, non peccat graviter ultimo furto levi, quo materiam gravem complet? Non puto; nam hic, eo ipso quod est impotens restituere, scit se damnum ratione materiae grave non brevi sed longo et forte perpetuo tempore afferre; quod profecto est damnum grave simpliciter.

82. E contrario excusatur a mortali, si quis potens restituere, cum furatur id, quo complet materiam gravem, animum habeat mox restituendi saltem ea, quae tunc accipit; quia, ut audivimus a Lugo, furari cum intentione statim restituendi non videtur, per se loquendo, grave peccatum; cum brevis illa detentio parum detrimenti domino afferat, nisi per accidens in aliquo raro casu. Si ergo intendis vel restituere priora vel postremo sublata, ita ut ad breve tempus apud te retineas *debitum summae gravis*, non est, unde gravem malitiam habeat. (Vid. eund. Lugo disp. 8. n. 21. vide etiam casum ibi expositum de censuris nn. 22. 23., et rursus disp. 8. n. 69.).

83. Et generatim illud verum est: si debeas centum et ita restituas, ut retineas id quod ad gravem culpam non sufficit, satisfacis obligationi gravi. Ita et s. Alph. lib. 3. n. 553.: « Sufficit ad vitandum mortale, ut restituatur tantum materia illa parva, gravem materiam complens, ut probabilius tenent Sanchez, Less. etc. etc. ».

84. Adde casum: si postquam aliquis pervenit ad gravem materiam et peccatum mortale, leviterne an graviter peccabit alio parvo furto addito?

Sunt, qui dicant, leviter augeri iam grave, non secus ac dum furatus materiam gravem eodem tempore quaedam addis. Alii vero putant, hoc furtum leve non constituere peccatum mortale, nisi ad aliam novam quantitatem gravem pertingat: quam sententiam s. Alph. n. 538. dicit *merito* a Bonacina probabilem putari. Gury §. 612. refert et aliorum sententiam aientium, graviter peccare, si non habeat propositum restituendi primam gravem iam possessam materiam; secus si habeat hoc verum propositum.

Lugo disp. 16. n. 44. quem sequitur Croix n. 1007., ita quaestionem definit. « Adversarii, inquit, fatentur, voluntatem retinendi priorem summam esse peccatum grave: nos autem dicimus, hoc peccatum habere pro obiecto non solum priorem summam, sed hoc etiam, quod nunc aufertur. Non ergo multiplicamus peccata in hac sententia (nescio quomodo s. Alph. l. c. tribuerit Lugo sententiam, quod mortaliter peccetur toties quoties leve aliquid surripitur post completam materiam gravem), sed idem peccatum, quod ab adversariis conceditur, dicimus terminari etiam ad hoc postremum furtum simul cum summa praecedenti ». Quae forte concinunt cum sententia mox relata ex Gury.

XIII. 2. Si autem per plura parva furta uni vel pluribus facta habeat intentionem paulatim ditescendi vel inferendi grave damnum, peccat graviter ea intentione: ac, licet exsecutio singulorum sit tantum venialis ex se, ut tamen substat tali intentioni, est continuata exsecutio peccati mortalis. Lessius l. 2. c. 12. d. 7. Sanch. l. c. Quia nocent graviter Reipub. et praxis illa valde perniciosa est societati humanae, v. gr. si sartor particulas panni a diversis surripiat, si mercatores utantur brevioribus ulnis etc. Interim hi excusantur subinde a gravi peccato, 1. ex eo, quod dictum est casu primo: 2. si id faciant, ut se servent indemnes, vel quia alias non lucrarentur, vel pretium augere deberent et tunc non invenirent emptores. Rosella v. *Emptio*. 3. si alias non habeant, unde se vel suos alant.

85. Optime dicit Auctor: exsecutio singulorum est tantum venialis in se: est tamen, prout subest tali intentioni, exsecutio peccati mortalis atque adeo mortaliter peccat etiam prima vice seu primo furtulo minuto. Lugo disp. 16. n. 36.: « Certum videtur eum, qui animo furandi magnam quantitatem incipit furari pauca, in singulis peccare mortaliter, quia illa voluntas fertur ad obiectum grave ».

Si tamen intenderet certam summam gravem, sed exsequeretur per furta minuta ne detegatur, unicum videtur admittere peccatum; quia est unus actus moralis et particulares actus ad quid unum tendunt, Gury §. 615.

Sed reipsa vix apparet, quid differat hic casus a praeced. Utrobique enim multiplex adest externus actus cum proposito eius finis graviter pravi: porro substantiam rei non mutat, quod in altero suo paulatim idcirco surripiat ne detegatur: nam et in priore casu similis alia ratio aderit, cur ita se gerat. Res ergo eo redit, ut dicamus quidem peccatum

esse mortale propter eam intentionem graviter malam: sed non multiplicari peccata, quandiu sub ea intentione particulares actus externi ad unum tendunt atque unum actum moralem constituunt. Adhibendae scilicet sunt leges statutae in tr. de Peccatis, circa numerum seu multiplicationem peccatorum, quae actu exteriore complentur.

Et si graviter peccet propter eam intentionem vel in primo furtulo; tamen 1° non tenetur ad restitutionem sub gravi, nisi cum mensura pervenerit ad grave peccatum seu gravem materiam et in eo casu, ut gravis desinat obligatio, satis est, ut superius n. 83. diximus, si restituatur quousque materia remaneat levis.

2° Licet singula furtula sint peccatum grave ob pravam intentionem, qua informantur, non sunt tamen gravia furta in ratione actus externi. Quocirca si vel reservatum foret peccatum furti gravis, vel poena quaedam aut censura gravi furto adnexa esset, in casu non incurreretur.

3° Imo si cessares a furtulis antequam pervenias ad gravem materiam, nondum graviter laesisti proximum et ideo nec grave furtum commisisti, nec sub gravi teneris ad restitutionem, nec poenas ullas incurristi.

86. Rationem, cur furtula facta multis gravem habere queant malitiam, reddit Auctor, quod praxis illa nocet valde reipublicae et est perniciosa societati humanae.

Profecto haud est haec quaestio sine difficultate. Quidam negarunt, heic esse peccatum grave (vid. Lugo disp. 16. n. 48.); quia (inquiunt) nulli hic intulit gravem iniuriam nec ullum graviter laesit. Ergo non peccavit graviter contra debitum iustitiae.

Communiter reiicitur haec ab omnibus sententia et inconvenientia inde sequentia enumerat Lugo (l. c.); praesertim cum in Scripturis exhibeatur velut res abominabilis.

Rationem tamen a priori haud facile assignant. Iustitia, inquiunt, non solum prohibet gravem laesionem alterius, sed etiam notabiliter ditescere ex alieno, prout fit in casu. Ita Gury §. 609. (qui tamen et rationem subiicit, cur hoc pacto ditescere sit malum). Atqui, inquit Lugo l. c. n. 49., haec ratio non videtur sufficiens: quia praeceptum non furandi non intendit vitare proprium emolumentum, sed damnum proximi... Ergo si proximus non laeditur graviter, non erit ea actio graviter prohibita. Et sane iure inventionis, alluvionis, praescriptionis homo ex alienis ditescit idque licite. Insuper gravis non est iniuria, nisi dominus sit notabiliter invitus: atqui non est notabiliter invitus, quando non laeditur graviter.

Alia ergo est ratio quaerenda, cur huiusmodi furta sint graviter prohibita sive cur graviter prohibitum sit ditescere hoc pacto ex re aliena.

Subdit autem Lugo ibid. n. 50., in casu dicendos creditores notabiliter invitos, sin minus quod laesi sint *formaliter* graviter, at saltem quasi *ra-*

dicaliter, idest in ea re, quae nisi graviter prohibeatur, grave infert inconveniens contra bonum publicum et contra indemnitatem singulorum civium. Nam si licet unicuique (vel leve sit) ex industria ditescere ex alieno, fraudando mensuras, falsificando merces etc., quae facies esset reipublicae, quae securitas, qui mores?... Licet ergo non graviter laedatur aliquis civis, laederetur tamen communitas gravissime, si haec iniuria non prohiberetur graviter; atque adeo singuli sunt graviter inviti in ea iniuria, e qua gravissimum commune reipublicae ac sibi damnum profluere vident. Hinc explodenda sententia, quam innuit Croix lib. 3. p. 1. n. 1013., vix peccari posse graviter, si furta non fiant eidem communitati; fiunt nempe generi humano, quod certe communitatem constituit et quod eadem de causa est *in singulis* hominibus graviter invitum. Et cum eadem ratio exigat, ne male ablatum retineatur impune, hinc et obligatio restitutionis.

Atque hinc patet, cur minus inviti censeri possunt cives, si quis plura a diversis accipit non consilio ditescendi, sed casu: quando illud inconveniens non sequitur. Nam computatis intervallis et diversitate negotiorum, poterunt censeri minus inviti quoad retentionem sic acceptorum (Lug. ibid. n. 51.).

87. Quaerit s. Alphonsus n. 534. an sub gravi teneatur quis in casu restitutionem facere singulis, an possit pauperibus ea largiri.

Resp. Probabilius esse, non *graviter* peccare, si restituat pauperibus et non creditoribus, licet hoc commode posset. Nam singuli domini non fuerunt graviter laesi, nec quoad hoc gravis est obligatio restituendi. E contra gravitas damni est in rempublicam: huic igitur sub gravi, dominis autem sub levi, tenetur restituere. Ex praesumpto igitur consensu reipublicae videtur gravi obligationi satisfacere, si det pauperibus aut locis piis: imo nec leviter peccabit, si rationabilis causa adsit, cur pauperibus potius tribuat, v. gr. in publica calamitate pestis etc.

Ad illud, quod A. dicit de sartoribus, adde, quod 1° alicubi vigeat consuetudo, ut frusta illa sartores sibi retineant et pro iis potius minuant pretium: 2° interdum viri opulenti non curant de hisce fragmentis; ideoque possunt sine scrupulo tunc retineri.

XIV. 3. Si plures simul vel successive plura furta parva alicui faciant, quae simul sumpta graviter illi noceant; tunc, si alter de altero non sciat, nullus peccat graviter: v. gr. si viatores ex vinea unam alteramve uvam rapiant et comedant; etsi hoc licere dicant Covar. Val. et Ripa contra Dian. p. 3. t. 6. r. 30. Si autem singuli conspirent, singuli graviter peccant. Si denique de se mutuo sciant, nullus tamen alteri sit causa furti, probabilius est non esse mortale, ut docent Less. Tan. etc. contra Suar. Vas V. Bon. l. c. * Circa haec multa furta minuta adverte Prop. 38. inter damnatas ab Innoc. XI.

88. An qui exemplo movet alios ad furtula, peccet contra iustitiam et teneatur ad restitutionem?

In affirmativam inclinat Croix lib. 3. p. n. 1009. Sed Ligorius n. 537. probabilius dicit peccari ratione scandali *solum contra caritatem;* quia exemplum non est causa positive influens in damnum alienum. Ita et Lugo aliique etiam a Croix citati.

Ergo nihil ad rem facit, quod Croix (l. c.) memorat propositionem 39. ex damnatis ab Innoc. XI.: « Qui alium movet aut inducit ad inferendum damnum tertio, non tenetur ad restitutionem damni illati »: quae forte ad invidiam procusa est.

89. S. Alphonsus respondens propositae quaestioni, peccari contra caritatem et quidem graviter, si materia sit gravis, videtur de caritate loqui, quae debetur proximo, cui bona surripiuntur. De hoc enim est quaestio, an exemplum laesionis dans peccet contra iustitiam debitam laeso eique propterea teneatur restituere, an peccet solum contra caritatem, utique eidem debitam. Cur ergo subiicit: *ratione scandali?* ait enim, hunc « peccare tantum contra caritatem ratione scandali ». Nam cum peccatum scandali referatur ad ruinam spiritualem proximi, peccatum in hoc casu contra caritatem ratione scandali esset respectu eorum, qui exemplo pravo moventur, non respectu domini, cuius res auferuntur. Respondeo, quod, nisi ea verba per mendum irrepserint, s. Doctor iis verbis non *speciem* peccati definit, sed *causam*, ac si diceret: *eo quod exemplo*, pravo scilicet h. e. *scandalo*, alios ad alterius laesionem induxit.

90. Annotator patavinus subiicit heic prop. 38. damn. ab Innoc. XI. « Non tenetur quis sub poena peccati mortalis restituere, quod ablatum est per pauca furta, quantumcumque sit magna summa totalis ». Non advertit scilicet eam non ad hanc, sed ad praec. resol. spectare.

91. Quando vero conspiratio absit, non dicendus est graviter peccare ille, qui postremo auferens modicum, efficit, ut hoc modicum, coniunctum cum furtis aliorum, constituat grave damnum. Damnum enim, quod ipse affert, leve est ex hypothesi; aliorum vero furta ipsi non imputantur. Ita Lugo disp. 16. n. 55. contra Bonacinam, qui tamen *de Rest.* disp. 2. q. 8. p. 2. n. 5. dicit se non negare, praedictam sententiam esse probabilem.

92. Circa id, quod habet A. de uvis in aliena vinea decerpendis et comedendis (etsi ad 1ª Resol. per se spectet), notare licet sententiam s. Alphonsi n. 529. q. 2., qui putat *modice* ex ii decerpi posse, id suadente aequitate legis Deuter. XXIV. 24. tum consuetudine et quia videretur durissimum id prohibere. Quod de uvis dicitur, intelligendum et de pomis, de spicis (de quibus et Deut. loquitur l. c. v. 25.) et aliis huiusmodi. Illud *modice* intellige ita, ut liceat unum vel alterum racemum, dum forte transis per vineam, comedere (aliud enim foret, si singulis diebus aut saepe data opera transires) idque Lugo probabile putat iure naturae licere, disp. 16. n. 33.

Lugo tamen disp. 16. n. 59. affirmat graviter a singulis peccari, si propter haec minuta furta a pluribus admissa contingeret aliquem suis bonis spoliari v. gr. si vastaretur penitus vinea, etsi nulla intercesserit conspiratio, dummodo damnum adverterint. Sed rarus casus.

Dub. IV.

De furtis domesticorum.

XV. Resp. Licet vere furtum sit, si uxor, liberi, amici, servi patrifamilias invito quid auferant, plerumque tamen maior quantitas requiritur, ut sit mortale, cum plerumque hic dominus aut non rationabiliter invitus, aut saltem minus invitus sit, ut ab his, quam ab aliis, auferatur: vel, etsi valde invitus sit, saepe tamen id fiat, non tam ratione rei acceptae, quam modi accipiendi clam, aut ratione finis, ob quem accipitur, v. gr. ad ludendum, potandum etc. V. Caiet. V. *Furtum.* Less. c. 12. n. 76.

93. Adverte ante omnia, e communi DD. sententia certum esse (cf. Lug. n. 63.), ex parte uxoris, filiorum, consanguineorum, etiam amicorum plus requiri ad gravem materiam constituendam, quam ex parte extraneorum; quia paterfamilias est minus invitus, aut saltem minus *rationabiliter* invitus. Idem et de famulis dicitur, saltem quoad furta minuta in cibis et esculentis.

Aiunt autem probabilius esse, requiri pro uxore et filiis summam duplo maiorem, quam pro extraneis. Ita Gury §. 608. Verum manifestum est pro his omnibus quoque non posse eandem stabiliri quantitatem. Nam certe pater familias minus invitus est pro uxore et filiis, quam pro consanguineis ceteris: minus pro his et identidem pro amicis quam pro pluribus affinibus, minus pro his, quam pro domesticis aut famulis. Quocirca si pro his, qui ultimo loco sunt, maior summa, saltem in certis furtis, requiritur, ut gravis sit materia: multo magis requiretur pro uxore et filiis, nec frequenter erit satis, eam esse duplo maiorem quam pro extraneis.

Sane plura alia perpendenda sunt, ut iudicium de his feratur. Etenim inspicienda 1° est res ablata, an sit pecunia, an esculenta. 2° Deinde an multum simul eripuerint, an parum et successive. In furtis successivis parvis abesse solet suspicio voluntatis sumendi magnam quantitatem et ideo censentur tantum multiplices fragilitates, non vero facinus audax. 3° Deinde an ad proprios usus, an ad vendendum et dandum aliis: an ad ludendum, potandum etc. 4° Deinde an pater habeat multos aut paucos filios: 5° an sit dives, an pauper: 6° an liberalis, an parcus: 7° an erga surripientem sit bene affectus, vel male: 8° an hic sit domui valde utilis, an vero sit ineptus, piger.

Haec omnia conferunt ad iudicandum, quantum herus censeri possit invitus *quoad substantiam.*

Unde resolves.

XVI. 1. Uxor graviter peccat, si notabilem summam accipiat invito marito, etiam ex dote vel bonis communibus; quia licet media pars ad eam spectet, maritus tamen habet usumfructum illius partis, ideoque tenetur ad restitutionem. Trul. l. 7. c. 6. d. 8. n. 7. etc.

94. Restitutio possibilis est solum, si uxor habeat paraphernalia et propria vel ex industria acquirat vel parcat iis, quae a marito accipit vel si recuperare potest ea, quae erogavit.

XVII. 2. Similiter peccat graviter maritus contra iustitiam, cum obligatione restituendi, si aliquid notabile uxori surripiat, absque eius consensu, ex bonis ipsius paraphernalibus, vel aliis propriis, si quidem libera eorum administratio ipsimet uxori competat; quia par est ratio mariti et uxoris, quoad bona propria. Vide Villalob. t. 2. d. 13. Trull. l. 6. c. 1. d. 9.

95. Proportionaliter applicantur marito, quae in resol. praeced. dicta sunt de furtis uxoris. Sed marito alia praesto sunt adiumenta ut restituere valeat. In utroque casu, pro iudicio ferendo de gravitate, inspiciantur adnotata n. 93.

XVIII. 3. Uxor potest dare eleemosynam et munera, secundum consuetudinem aliarum mulierum istius loci et conditionis, etiamsi maritus eleemosynas omnes illi prohibeat; quia consuetudo hoc ius ei tribuit, quo maritus eam privare non potest. Dian. p. 1. t. 3. r. 22. et p. 5. t. 8. r. 34. ubi cum Mol. et 10. aliis docet, posse eam inscio marito dare vigesimam partem annui census, vel lucri; eo quod hoc pertineat ad decentiam status et maritus irrationabiliter sit invitus. Hinc etiam potest cum Abigail moderatas eleemosynas dare, ut mariti conversionem impetret vel ne Deus illum puniat. Vasq. Bon. Regin. et alii 10. contra Conc. etc. Vid. Dian. p. 2. t. 16. r. 23. et p. 5. t. 8. r. 34.

96. Quod uxor dare possit munera et eleemosynas iuxta consuetudinem mulierum suae regionis ac conditionem suam, videtur inclusum in sustentatione debita uxori, ad quam per matrimonium vir se obligavit. Et sane si taxanda esset sustentatio, vir e. gr. absens rationem horum quoque sumptuum haberet. Lug. n. 64. Utique posset vir ipse sibi assumere curam ea loco uxoris praestandi: quod si facit, nequit uxor rursus eadem ex causa expensas facere; sic enim frustra et contra iustam viri voluntatem duplicaret sumptus. Verum et eo posito, non vetaretur uxor quaedam sumere ad eleemosynas aut munuscula eroganda. Nam uxor non est mancipium viri, sed socia et ad conditionem eius atque decentiam pertinet, ut non tantum per se ipsam sed et nutu suo, independenter ab arbitrio mariti, possit nonnulla expendere. Lug. n. 65.

Quod autem A. ait de vigesima parte census vel lucri, quam uxor, inscio viro, possit expendere, id placet quidem Molina et Bannez, quem citat Lugo aliisque, sed non probatur ipsi Lugo qui n. 64. ait: « Hoc nimium est. Nam si sit uxor principis habentis 200. millia aureorum an-

nua, posset, iuxta hanc sententiam, 10. millia, inscio viro, usurpare et expendere: quod est contra praxim et sensum omnium personarum illius conditionis, quibus multo minus solent dare mariti etiam liberales ad eiusmodi sumptus. Verior regula est, ut ea possit uxor accipere et dare, quae iuxta conditionem sui status solent aliae similes expendere et solent dare mariti ad earum personam et dignitatem decenter sustentandam » (a).

Tamburini *in Decal.* l. 8. tr. 1. c. 2. §. 2. n. 14. sapienter monet, pensandum, quae dos allata, quae familiae necessitas, quae pauperum necessitas et multitudo, qui mos aliarum feminarum etc. Quanquam haec regula desumpta ex more aliarum sit cum discretione adhibenda. Quid enim si abusus quidam, ob temporum iniquitatem, factus est communis aut apud plures frequens? Quoniam eleemosynae praeceptum, ait idem, impletur, si duo ex centum annuis dentur, tantundem permitti potest uxori pro eleemosynis atque pro donationibus. Nihilominus, si ingentes essent redditus, nimis hoc pacto excresceret uxorum licentia. Quod postremum non est evidens; nam proportio quaedam servanda est inter huiusmodi expensas uxoris et quantitatem patrimonii et si quinquagesima pars valde crescit, argumentum est et redditus esse amplissimos.

Non facile profecto habenae laxandae feminis, praesertim vanis: cito enim ad mundum muliebrem amplificandum, patrimonia dissipant. Pertinebit autem ad prudentiam confessarii ex his DD. sententiis normam sumere, qua, de gravitate peccati pro adiunctis iudicans, dirigere poenitentem valeat.

XIX. 4. Uxor potest bona expendere, marito absente vel fatuo; quia tunc ad illam spectat administratio domus: item, quae acquirit sua industria; item paraphernalia, hoc est bona, quae praeter dotem marito allatam, sibi reservavit. Trull. l. c. et ceteri comm.

97. Duo adverte ex Croix n. 1022. 1° Quidam putant, uxorem non posse expendere, nisi quantum et quomodo maritus, si sui compos esset, expenderet. Lugo tamen n. 70. aliique nullas nisi prudentiae leges in administrando imponunt.

2° Si vero maritus non sit ita fatuus, ut curatore egeat, uxor non potest sibi usurpare administrationem (excluso scilicet marito), licet maritus imprudenter agat: sed coadiuvare potest et cavere a damnis.

Ceterum si marito fatuo aut alia ex causa impotenti curator a lege

---

(a) Cum recens nupta sciscitans, quid erogare possit in eleemosynam, remittitur ad usum et praxim aliarum, supponitur iam quaedam vigere communis consuetudo, quae tamen sit honesta et non tantum a maritis tolerata, sed sponte probata. Nam et hac in re abusus obrepere posse B. deinceps significat. Ergo non est sufficiens per se regula consuetudo, sed et alia consideranda, cuiusmodi sunt, quae habes ex Tamburini, ut honesta appareat consuetudo. E.

datur, servandum erit, quoad administrationem bonorum, quod a lege statutum est.

Ad id, quod habet A., posse uxorem expendere bona, quae acquisivit sua industria, notat s. Alph. ex Croix: *dempto tamen labore, quem praestare debet familiae:* quod significat non posse uxorem negare operam suam rei familiari, ut vacet industriae sibi soli utili. Et si detrimenta inde oriantur, detrahendum erit in utilitatem familiae ex lucro uxoris.

XX. 5. Non peccat uxor, subducendo aliqua, vel compensationis causa, si vir sit prodigus; quia is tunc facit uxori iniuriam, partem ipsius profundendo: vel pro victu, vestibus ceterisque sibi vel familiae necessariis, quae mariti saepe non intelligunt et frustra ab illis peterentur.

98. Quoad 1m partem res patet; si enim maritus ad restitutionem tenetur, ergo uxor non alienum usurpat, sed suum accipit. Quoad alia rursus patet; quia maritus non est rationabiliter invitus, cum ad ea subministranda teneatur.

Si vero maritus summam assignaverit et uxori, postquam providerit necessitatibus suis, aliquid superest: id sibi retinere et pro arbitrio disponere poterit.

XXI. 6. Uxor, si eius pater, mater vel proles ex alio matrimonio sit pauper, ita ut misere secundum statum suum vivant et maritus eis nolit succurrere, potest ex bonis suis propriis, vel etiam ex communibus (dummodo post mortem viri omnia computet in sua parte) eis subvenire; quia iure naturae tenetur eos alere et maritus in id consentire. Nav. Palaus, Less. l. 2. c. 12. d. 14. Dian. p. 5. t. 8. r. 34. ubi illam potestatem extendit ad fratres et sorores, quod etiam Less. l. c. et Trull. l. 6. c. 4. d. 9. iudicant probabile.

99. Quando abest talis necessitas, non licet uxori aliquid expendere contra voluntatem mariti, etiam cum animo id computandi in partem sibi obventuram vel in dotem. Nam sic iniuste privaret maritum usu et administratione eorum bonorum.

Ea autem necessitate exsistente, etiamsi uxor non attulisset dotem, quemadmodum potest aliis quasdam erogare eleemosynas, ita et suis parentibus indigentibus tribuere potest. Aequum est enim, ut vir permittat suae coniugi usum bonorum, cum convenienti moderamine, ad necessitates graves suorum sublevandas. Lug. n. 72. Croix 1025. Debet autem tunc uxor, ab aliis eleemosynis abstinere, ut notat Molina a Lugo citatus. Plus tamen potest dare parentibus quam aliis pauperibus; nam specialis uxoris obligatio erga suos atque etiam mariti erga eosdem, qui affines eius sunt, videtur aliquid amplius permittere uxori, attenta tamen viri sui conditione.

XXII. 7. Filius peccat graviter, invitis parentibus notabilem summam accipiens, qualis non semper est secundum Less. c. 12. si filius patri praediviti duos vel tres, imo secundum Sanch. quinque vel sex aureos furetur; eo quod parens sit minus in-

vitus et filius sit aliquid patris. Unde non tenebitur ad restitutionem, nisi forte cohaeredibus graviter noceat.

100. Fuerunt qui ad furtum grave eius, qui filius esset praedivitis, postularent saltem 50. aureos, ita Bannez citatus a Lugo n. 76. quod hic reiicit, nisi sit filius principis. Lugo ibid. non improbat, quod, si filius unicus sit et pater habeat 1500. aureos annuos, ad gravem summam requirantur 20. aut 30. aurei, si pater non sit tenax, filius adoleverit et furetur ad usus honestos vel indifferentes. Lessius lib. 2. c. 12. n. 76, dicit 2. vel 3. aureos non sufficere cum patre praedivite, sed sufficere cum patre mechanico.

Concedunt DD. ut ex 100. aureis, quos filius a patre accipit, ut in studiis versetur, 5. expendat in usus honestos. Croix n. 1032.

Haec habenda ut quaedam normae, unde iudicium deinde formetur secundum circumstantias memoratas n. 93.

XXIII. 8. Si filius notabilem summam expendat in res turpes aut vanas, contra voluntatem parentum, ex pecunia sibi suppeditata ad usus honestos, putat Less. c. 22. d. 13. eum peccare mortaliter: etsi excuset a restitutione, si pater rogatus facile condonaturus putetur.

101. Filius peccat mortaliter contra iustitiam; quia pater est quoad substantiam rationabiliter invitus et ista conceduntur ei solum ad usum determinatum.

XXIV. 9. Si filius v. g. mercatoris, vel cauponis, administret bona parentis, potest a patre exigere salarium, quantum dare deberet extraneo et, si id impetrare non possit vel exigere non ausit, potest clam accipere. Ita probabiliter Laym. l. 3. s. 5. t. 4. c. 8. Dian. p. 4. t. 4. R. 66.

102. Croix haec non probat, scil. quod filius exigat salarium, si administret negotium patris, v. gr. mercatoris et vult esse probabiliorem oppositam sententiam. Sed res ex circumstantiis decernenda videtur et auctoris sententiam sunt qui vocant *probabilissimam*, aut *tutam* (apud eundem Croix n. 1034.).

Rationes, quas opponit Croix sunt.

1ª Quia haec consuetudo exigendi salarii non viget. Responderi posset, *negando* et solum concedendo, non methodum forte in hoc servari, quae sit communis cum extraneis; compensari tamen labores, etiam ut foveatur industria.

2ª Quia rationabile est, filium agricolae patrem iuvare et idem dicito de filio mercatoris. Resp. Agricolarum conditio fore haec est, ut si ex laboribus suis habeant victum et vestitum, satis ipsis sit. Ergo filius in casu iam habet id, quod posset exigere. Nego idcirco paritatem cum mercatoris filio; qui enim mercatorem adiuvant, non habet stipendium idem, ac qui adiuvant agricolam.

3ª Filius habet utilitatem addiscendi artem. Resp. Potest habere detrimentum, ne utiliori industriae et arti det operam.

4ª Salarium compensatur per sustentationem, quam pater subtrahere posset, si filius salarium petat. Resp. Si occupatio eiusmodi sit, quae pro stipendio iusto habeat solam sustentationem et filius non impediatur ab utiliori industria, Transeat; secus, Nego.

5ª Si filius salarium exigeret, pater posset aut gratis aut viliori pretio alium, qui sibi deserviat, vocare et filium repellere. Resp. nescio ubi sint, qui gratis deserviant. Si viliori inveniret pretio, indicium est, occupationem non esse eiusmodi, quae praeter sustentationem aliquid ulterius exigat, nec filium ideo impediri ab aliis maioribus lucris.

6ª Filius secundum iura debet patri operas industriales. Resp. aliunde operas industriales ad bona adventitia pertinere: a quibus si impediatur, compensari debet. Hinc alii addunt, deberi stipendium, si protestetur et ratio illi protestandi contra damnum non desit.

7ª Ergo, inquiunt, poterit aeque ac extraneus petere salarium, quod serviat v. gr. patri in infirmitate? Resp. Ex eo quod quaedam debeantur ex pietate, non debet concludi ad alia omnia. Et quoad hoc, si pater dives esset et diuturna laborans infirmitate impediret filium ab industria, aequum foret, ut rationem haberet operis filii.

8ª Saltem, inquiunt, cum ius filii non sit certum, non poterit uti compensatione, quae certum ius requirit. Resp. Caveri simul debet, ne alii fratres ex incerto iure ad fratris industriam certum habeant lucrum. Hinc minus invitus pater censeri posset quoad moderatam compensationem.

Fatetur Croix, confessarium posse uti hac sententia, ad eximendum filium onere restitutionis, si bona fide acceperit.

XXV. 10. Etsi famuli in esculentis et poculentis, quae domo exportant aut divendunt, graviter peccent: quae tamen ipsi domi consumunt, in iis facilius (uti et Religiosi) excusantur; cum in his dominus, aut Praelatus saepe tantum sit invitus quoad modum accipiendi clam, non quoad rem. Quod tamen timeri posset, si extraordinaria acciperentur. Laym. Esc. et Less. d. 2. c. 12. d. 8. n. 48. Ubi docet, quod furta minima famulorum ex comestibilibus, quae claudi non solent, non coalescant, si non ad vendendum, sed ad comedendum tantum accipiantur.

103. Furta famulorum distingui solent in furta rerum quae non consueverunt caute custodiri ut cibi etc. et in furta rerum, quae sedulo custodiuntur, ut pecunia etc. Quoad haec postrema non requiritur quantitas maior quam in furtis extraneorum, cum domini non sint minus rationabiliter inviti, imo aegre magis ferant se domi alere fures. Quoad priora, ita s. Alph. loquitur *Hom. Apost.* in 7. Praec. n. 34. « Circa furta servorum communiter dicunt DD. ut Lessius, Caiet. Navar. Sanchez, Sporer, Busembaum etc. quod furta minuta, quae fiunt a servis, de cibis,

qui non solent caute servari, nunquam deveniunt ad culpam gravem (cf. rationem apud A.): modo illos non vendant aut foras extrahant (ad tale enim furtum domini sunt inviti) et modo non accipiant in extraordinaria quantitate (cf. n. 93.) aut (addendum ait s. Doctor) si non essent res pretii extraordinarii». Cf. dicenda in parte seq., ubi de Conductione.

XXVI. 11. Cum a gravi peccato furtum domesticum non potest excusari, tunc uxor tenetur restituere ex paraphernis, filius ex castrensibus, vel quasi, vel, si ea non habet, post mortem patris afferre in divisionem haereditatis, si quantitas rei ablatae sit valde magna, nec pater restitutionem tacite vel expresse dimiserit. Famuli vero, si sine magna difficultate restituere non possint, iubeantur compensare officiis et obsequiis extraordinariis, quantum possunt. Laym. l. 3. t. 3. p. 1. c. 1.

104. Conferenda cum his ea, quae statuta sunt n. 93. et quae dicenda, ubi de successione in hereditate, parte seq. in fine.

CAPUT II.

DE RESTITUTIONE.

Dub. I.

Quid sit restitutio, et qui teneatur ad eam.

XXVII. Respond. 1. Restitutio est actus iustitiae ad salutem necessarius necessitate praecepti, quo reparatur damnum proximo illatum per iniuriam, ita ut radix restitutionis non sit quaevis laesio proximi, verbi gratia, contra caritatem etc. in quibus non habet ius, quod violetur, sed ea tantum, quae est contra iustitiam, in qua proprie iniuria infertur, hoc est laeditur aliquod ius proximi, quod is habet in re, vel ad rem, in qua damnum patitur. Quod variis modis fieri potest, v. gr. furando, defraudando, destruendo, rem alterius negligenter custodiendo, occidendo, mutilando, detrahendo honorem, convitiando et similibus.

105. Intellige actum iustitiae *commutativae*, cuius est servare aequalitatem cum iure alterius. Heic autem agitur de reducendo ad aequalitatem, si quando ius alterius violatum fuerit. Ex violatione autem iustitiae legalis aut distributivae non oritur obligatio restitutionis.

Ibid. dicitur: *in qua damnum patitur;* unde corollarium Responsionis secundae, quod debeat esse iniuria *damnosa*.

Ergo qui iniuriam fecit, sed citra damnum, non tenetur quidpiam restituere. Sola enim iniuria, quatenus pro ea satisfaciendum est, est obiectum iustitiae vindicativae, non commutativae, ait Laymann *de Restit.* c. 1. n. 3.

Exempla ex Croix lib. 3. part. 2. n. 16.: 1° si quis *interne optet inferre damnum:* 2° si iudex ferat sententiam quam putat iniustam, cum tamen sit iusta: 3° si rapias nummum aereum, quem putasti aureum:

4° si filius pecuniam a patre acceptam *pro alimentis* consumat ludendo, sed interim parce vivat.

* Differt restitutio a satisfactione; quia, ut ait Lugo disp. 8. n. 17., satisfactio latissime sumpta dicitur de cuiusque praecepti observatione; qui enim illud observat, dicitur satisfecisse suae obligationi et sic qui restituit, satisfacit obligationi iustitiae. Satisfactio vero speciatim sumpta, est quaedam compensatio pro offensa, etiamsi haec sit solum contra caritatem, vel pro poena debita, ut cum quis in hac vita satisfacit pro poena debita ab aliis in purgatorio.

De obligatione ex caritate sola v. infra n. 130.

106. Praeceptam esse sive necessariam esse ad salutem restitutionem rei ablatae vel ex eo patet quod prohibitum est furtum; retentio enim rei alienae est continuata ablatio. Quocirca cp. 1. caus. 14. q. 6. dicitur et est etiam reg. 4. iuris in 6. « non remittitur peccatum, nisi restituatur ablatum ». Ita et Ezech. XXXIII. 14. *si... et pignus restituerit ille impius rapinamque reddiderit... vita vivet et non morietur.* Idem autem valet et in iniusta qualibet damnificatione: sicut enim praecipitur servanda iustitia, ita praecipitur laesae iustitiae reparatio. *

XXVIII. Resp. 2. Ex data responsione patet, teneri ad restitutionem eos, qui intulerunt iniuriam damnosam. Haec autem est duplex, scilicet materialis, ut v. gr. cum quis rem alienam destruit, accipit vel retinet, bona fide, id est probabiliter iudicans id sibi licere, vel esse suam: et formalis, qua quis rem alienam destruit, accipit vel retinet mala fide, id est, cum sciat, vel scire possit ac debeat, id sibi non licere et rem non esse suam. V. Laym. l. 3. t. 2. c. 1. Less. l. 2. c. 7. d. 6. Bonac. d. 3. q. 1. p. 6.

107. Eo quod iniuria damnosa potest esse *materialis* vel *formalis*, statuuntur *duae radices restitutionis*, de quibus s. Thom. 2. 2. q. 66. art. 6.: nempe ex *re accepta* et ex *iniusta acceptione.* Tenetur ex re accepta, quando sine peccato habet aliquid alienum vel in se vel in aequivalenti (factus ditior). Tenetur ex iniusta acceptione, quando rem, quam nosti alienam, usurpasti, seu re quapiam alium privasti.

Quidam addunt tertiam, imo quartam, atque etiam quintam radicem. Tertiam scilicet *iniustam damnificationem,* quando damnum infertur, nec tamen auctor damni quidpiam lucratur. Quartam *contractum,* qui explicite vel implicite inducit pactum securitatis *pro re vendita:* sic si vendis rem, quae furtiva deprehenditur (a). Quintam ponunt *legem positivam,* si v. gr. tuus bos occidat bovem alterius. Verum obligatio ex

(a) Gury §. 633. triplicem radicem assignat sed tertiam invehit, quae differt ab his quinque, scil. *iniustam cooperationem:* quae tamen, ut ipse ait, reducitur ad aliarum alterutram: secundam ponit *iniustam* damnificationem: pro prima statuit *acceptionem* quam dein iniustam intelligit et *non iniustam,* ut et radicem restitutionis ex re accepta comprehendat.

mera damnificatione reducitur ad iniustam acceptionem; est enim rei alienae subtractio, utut inutilis sit accipienti: et ad eandem reduci possunt aliae duae radices; quia tum in contractu tum in lege positiva praesumitur iniusta laesio aut praecavetur, cum non raro intervenire haec possit et soleat.

« Secunda radix, ait Lugo l. c. n. 25., iniustae acceptionis locum habet etiam postquam periit res accepta vel etiamsi nullum emolumentum accipienti advenerit atque adeo acceptio pro nunc late sumitur, prout significat quamcumque damnificationem etiam sine utilitate laedentis ».

108. * Quaeritur heic an praeceptum restitutionis sit affirmativum an negativum. Respondet Lugo l. c. n. 18., qui auctores idoneos pro utraque sententia citat, meliorem esse loquendi modum eorum, qui dicunt praeceptum esse negativum. Quia licet secundum sonum verborum videatur esse affirmativum, secundum rem tamen est negativum: perinde est enim dicere *restitue* ac dicere *ne retineas* atque id est reapse quod praecepto intenditur; cum actio positive restituendi ad hoc ordinetur, non propter se praecipiatur; nam si dominus rem suam a fure aufert, hic ad nihil amplius tenetur; teneretur vero, si praecepto restitutionis praeciperetur per se actus positivus. Neque contra hoc obiici potest, quod praecepta negativa obligant pro semper, non vero praeceptum restitutionis; etenim respondet Lugo et praeceptum restitutionis obligare pro semper, sed eo modo, quo res est praecepta, nempe ne res retineatur invito rationabiliter domino: hic autem non est semper rationabiliter invitus, cum nimirum propter iustas rationes restitutio differtur.

109. Haec sententia, quam Lugo magis probat, subest tamen difficultati. Nam discursus eius facilis procedit, cum de illo agitur, qui rem alienam habet eamque restituere tenetur: sed quid, si quis ex sola iniusta damnificatione ad restituendum teneatur? Utique illi lex dicit: *restitue;* an vere dicit: *ne retineas?* Respondebit Lugo: profecto; quemadmodum enim ei dici potest *restitue*, eodem pacto dici potest: *ne retineas*, illud nempe quod restituere debes, quodque in tuis bonis iam est in confuso obligatum damnificato, quodque is sibi posset per compensationem sumere. Esto quod haec responsio probetur: verum lex restitutionis urget etiam extra casum iniuriae in bonis fortunae, propter iniuriam e. g. contumeliae aut detractionis: quid significat erga huiusmodi iniuriae auctorem lex hoc pacto expressa: *ne retineas?* Scilicet videtur nobis lex restitutionis plene accepta praecipere compensationem iniuriae, ut fiat seu revocatur aequalitas et alter quod suum est consequatur, ut ait Lessius l. 2. c. 7. n. 49. Quocirca libentius adhaeremus docentibus, praeceptum restitutionis esse potius affirmativum. *

Unde resolves.

XXIX. 1. Qui iniuriam intulit, ex qua alteri nullum est damnum secutum, ut si adulterium commisit, sine damnificatione alterius, non tenetur in conscientia ad restitutionem; cum haec sit reparatio damni: potest tamen a iudice cogi ad satisfaciendum pro iniuria.

110. Nota 1ª doctrinam generalem: non esse in conscientia obligationem restitutionis propter iniuriam, ex qua nullum est damnum secutum; quia restitutio est reparatio damni. Cf. dicta n. 105. Nota 2. casum, quam A. proponit, adulterii; ut autem hic casus doctrinae heic traditae respondeat, supponendum est neque infamiam aut dedecus ex adulterio uxoris viro creatum esse: si enim id patitur maritus; quia forte illud ad aliorum notitiam pervenit, non dubium, quod, si fieri potest, illud detrimentum reparari debeat ex iustitiae obligatione, ut ait Lugo disp. 13. n. 1. Secus si occultum manet; quia obligatio restitutionis non oritur praecise ex iniuria, sed ex damno permanente iniuste illato, ibid. n. 6. quae est doctrina A. Nota 3. obligationem reparandae vel solius iniuriae, post sententiam iudicis, cui utpote iustae est parendum.

XXX. 2. Quisquis intulit iniuriam damnosam, etiam materialem tantum, tenetur restituere, sed nonnisi id, quod ex alterius re adhuc habet, vel quo ex ea factus est ditior.

111. Forte in A. redundat particula *etiam;* nam de sola materiali iniuria sermo est: verum ea tantundem valere potest ac particula *etiamsi* et sensus est satis clarus.

Obligatio restitutionis oritur heic solum ex re aliena accepta nempe quam quis habet. Idcirco ea, si exstat, restituenda est; quia est alterius: si exstat pars, haec restituenda: si res exstat in aequivalenti, id restituendum est; quia hoc, perinde ac illa res, non est tuum, sed alterius: exstat autem res in aequivalenti, si et quatenus ex ea factus es ditior. Si nihil exstat apud te vel in se vel in aequivalenti, nihil restituere debes; quia deest totum fundamentum restitutionis, quod nimirum habeas alienum.

Hinc qui in furtis minutis non graviter peccavit, per inadvertentiam tamen ad materiam gravem pervenit, tenetur sub gravi restituere (etsi non ex iniusta acceptione) ratione rei acceptae.

Qui advertit se rem alienam habere et non vult, cum potest, restituere, incipit esse reus iniustae acceptionis seu detentionis et spectat ad seq. resol.

XXXI. 3. Qui intulit iniuriam formalem, sive rem adhuc habeat sive non, tenetur restituere et quidem tantum, quantum est damnum secutum. An vero sufficiat culpa venialis, controvertunt Auctores et sententia utraque probabilis videtur ac in praxi

tuta; saltem quando non commode potest restituere. V. AA. cit. et Laym. l. 3. t. 2. Less. l. 2. c. 7. d. 6. n. 27. C. Lugo disp. 8. sess. 5. n. 56.

112. Altera radix restitutionis est *iniusta acceptio*, ad quam, ut diximus, revocatur *iniusta damnificatio*. Characteres huius actionis, prout est restitutionis radix, hi sunt 1° uti sit *iniuria stricte sumpta* h. e. contra alterius ius ex iustitia commutativa. 2° Iniuria sit *effective*, ut damnum reapse ex ea sequatur, tanquam ex causa; si enim damnum realiter non consequitur, poterit quidem laedi virtus iustitiae, non vero laedetur ius alterius, qui nihil patitur: debet autem ea actio nexa esse cum damno per habitudinem causae (sive physicae sive moralis) ad effectum: oportet scilicet ut actio verum influxum habeat in damnum eiusque realis ratio sit, non mera occasio; per eam enim solum vere quis dicitur damnificator. 3° Iniuria sit *formalis* h. e. voluntaria, quam proinde alii appellant *affectivam*; secus iniuriae quis reus non erit et qui iniuriae reus non est, ad nihil tenetur, nisi forte ratione rei acceptae. 4° Idcirco iniuria debet esse culpabilis h. e. *cum culpa theologica coniuncta*: qua de re primo disserendum est.

113. Questio nimirum fit, quae culpa requiratur ad inducendum onus restitutionis ex iniusta damnificatione. Distingue 1° *culpam theologicam*, scilicet peccatum in conscientia, quod vel grave vel leve esse potest: 2° *culpam iuridicam*, cuius ratio habetur in foro externo et generatim definiri potest omissio aliqua diligentiae in re quapiam curanda (a). Haec autem communiter distinguitur 1° in *latam*, quae est omissio illius diligentiae, quam omnes communiter adhibere solent (quidam addunt *latiorem*, quae est dolus praesumptus et *latissimam*, quae est dolus apertus): 2° in culpam *levem* et est omissio diligentiae illius, quam solum diligentiores et accuratiores adhibent: 3° in *levissimam*, si omittatur illa diligentia, quam adhibere solent solum diligentissimi.

114. Heic porro certum est 1° obligationem gravem oriri ex culpa gravi theologica, quando haec coniuncta sit vel cum actione, quae damnum infert, vel cum culpa *lata*, omissione scilicet communis diligentiae et quidem debitae *ex iustitia*. Ita s. Alph. n. 550.

2° Omnes supponunt, et tenent neminem, *regulariter loquendo*, teneri ad restitutionem ob damnum, quod sequutum fuerit absque ulla culpa sive iuridica sive theologica. Intellige, quod neque ex iudicis sententia ad restitutionem tenetur in conscientia et si damnaretur v. gr. ad mulctam, posset uti occulta compensatione. Dixi *regulariter*; quia

(a) Definitiones huius culpae iuridicae Auctor tradit in Resol. 4. Dubii 5. cap. 3. ubi de *Commodato*, *Precario*, et *Deposito*; nam in his potissimum recurrit quaestio de huiusmodi culpa. — Sententiam Gury de defectu huius divisionis in Cod. Gallic. vid. infr. n. 121.

unus assignatur casus, in quo absque ulla culpa obligatur lege positiva dominus ad restituendum v. gr. pro damno, quod animal tuum alicui intulit vel percutiendo vel segetes pascendo. Qui enim passus est damnum, potest sibi animal illud pro noxa accipere, nisi tu velis damnum integrum reparare. Ita l. 1. Dig. *Si quadrupes* etc.: « Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae voluit, aut dari id, quod nocuit, idest id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre ». Sunt tamen qui censent, quod, cum noxa absque culpa domini accidit, ad nihil tenetur ante sententiam iudicis: quia huiusmodi leges sunt poenales. Cf. Lessium l. 2. c. 9. n. 218.

3° Si culpa nulla theologica sit, licet adsit culpa iuridica, nulla restitutio debetur ante iudicis sententiam. Vid. Lugo disp. 8. n. 41. Haec est contra eos, qui docuerunt, iure ipso naturae et ante omnem legem humanam, obligationem esse restituendi. Alii tenuere, hanc obligationem esse ex lege humana etiam pro foro conscientiae et ante sententiam iudicis et has leges non esse mere poenales: potuisse enim legem humanam ob bonum publicum id praecipere, ut diligentius homines vigilent et regant v. gr. animalia etc. vid. apud Lugo disp. 8. n. 39. 40. Et quidem Lugo ibid. n. 46. concedit, potuisse legem humanam obligare ad restitutionem damni etiam ante sententiam, ut scil. homines magis vigilarent. Sed simul negat, ullum fundamentum adesse, quo id factum et statutum legibus fuisse evincatur.

Ratio nostrae thesis est, quia obligatio in conscientia oriri non debet nisi vel ex re accepta, vel ex iniusta acceptione aut, si vis, ex contractu. Hic autem ex nullo horum capitum proficiscitur. Confirmationes vid. apud Lugo n. 41.

Et tria haec quidem statui generatim solent. Verum ad dubia quaedam solvenda, triplicem materiam distinguere solent doctores, in qua interveniat culpa, 1° in delictis: 2° in officio v. gr. medici, advocati, confessarii: 3° in contractibus.

115. Et quoad delicta, cum constet, gravem esse obligationem restituendi, si gravis sit culpa theologica et culpa lata aut actio damnum grave inferens; dein quaeritur 1° an eadem obligatio adsit, si animus quidem nocendi graviter adsit atque adeo culpa gravis theologica; culpa tamen iuridica sit levis aut etiam levissima: quae quaestio (inquit Lugo disp. 8. n. 71.) non quoad forum externum fit, ubi communiter non attenditur ad animum, sed quoad forum internum.

Exempla sunt ex Lugo ibid. n. 76. si, ut moriatur Petrus, posuisti venenum in loco remotissimo tui cubiculi, ad quem Petrus nunquam vel fere nunquam venire solet; posuisti tamen sub qualicumque illa spe, ut si forte veniret et comederet, moreretur: quo in casu supponimus culpam

iuridicam levem aut levissimam, quia lex non obligat ad praecavenda pericula illa remotissima et quae non sunt pericula moralia. Item si parasti laqueum, sed in loco, per quem vix ulla probabilitas est, inimicum transiturum. Item (Lugo ibid. n. 71.) si antequam proiicias sagittam, *diligentia communi* inspexisti, an esset fera vel homo; attamen noluisti adhibere maiorem diligentiam eo animo, ut si forte esset ibi filius Petri, quem tu oderas, occideres loco illius ferae. Supponitur ergo, quod positive ponatur aliqua causa, non quidem moraliter probabiliter sed tamen possibiliter causativa et ex ea intentione ponatur, ut causet (n. 79.).

S. Alph. n. 551. allata sententia Lugo disp. 8. n. 75. qui cum aliis affirmat, induci obligationem restitutionis et dein contraria sententia aliorum, dicit, *sibi videri omnino* veram sententiam Lessii, qui lib. 2. cap. 7. n. 25. docet, non teneri ad restitutionem si *omnem diligentiam* adhibuit ad damnum praecavendum (licet illud optaret); teneri autem, si non adhibeat *maiorem diligentiam* (cum orta est suspicio damni forte futuri), quam adhiberet prudens. Verum aut casus dicendus est prorsus diversus, aut haec sententia recideret in sententiam Lugo.

Lessius lib. 2. cap. 9. n. 113. proposita eadem quaestione ac Lugo, diversam a Lugo sententiam habet et merito Lugo l. c. n. 73. ut sibi contrarium eum refert. Inquit enim Lessius cit. n. 113.: « Dico: etiamsi intendas damnum tertii, si tamen actio exterior cum circumstantiis talis sit, ut ex ea *non sequatur damnum ut plurimum* seu ex conditione actionis... non erit peccatum iniustitiae...; quia... intentio non facit, ut opus sit iniustum, nisi alias ex natura sua et circumstantiis sit tale ».

Atqui hoc est omnino principium illud, contra quod pugnat Lugo disp. 8. nn. 72.-85., ostendens ibid. n. 80., quomodo eadem omnino actio censeri possit et debeat iusta vel iniusta, prouti animo nocendi fiat aut alia ex causa tantum idque evincit argumento quoque ad hominem contra eos, qui putant ad restitutionem teneri hominem, qui committat delictum eo animo, ut culpa in alium reiiciatur v. gr. in alium conservum vel officialem; qua tamen obligatione illum liberant, si non fecit tali animo ibid. n. 81. Et n. 74. advertit, sententiam hanc videri a pluribus supponi, qui saepe recurrunt ad intentionem et animum nocendi, ut affirment obligationem restituendi ex actione aliqua, quae, seclusa illa intentione, talem obligationem non induceret.

Qui intentionis influxus locum habet etiam quoad poenas. Sic Inquisitores, qui ex odio, amore, lucri aut commodi temporalis gratia, omiserint quae ex iustitia facere debent contra haereticos, excommunicantur et Episcopi suspenduntur *Clementina* 1. §. *verum, de Haereticis:* deficiente vero tali intentione, licet maneat adhuc illa omissio peccaminosa, non incurritur illa censura; ita ut sola variatio intentionis facere possit quod

propter idem opus incurratur vel non incurratur censura. Quanto ergo magis poterit facere (huiusmodi diversa intentio) quod imputetur vel non imputetur idem opus tanquam factum contra debitum iustitiae; cum id magis concernat forum mere internum, quam censura ecclesiastica (n. 78.).

Ratio autem huius sententiae, ait idem n. 75., est, quia licet effectus non esset ita connexus cum illa causa, ut qui vellet utcumque causam, censeretur eo ipso velle effectum atque adeo posset aliquis velle causam, quin effectus esset ei voluntarius: quando tamen accedit intentio determinata illius effectus et ex ea intentione ponitur causa, ut sequatur ille effectus, haec intentio supplet connexionem et facit quod effectus sit voluntarius operanti; facit enim quod agens sit vera causa illius. Ad rationem enim causae multum conducit intentio operantis, quae facit ut aliquis effectus sit nobis voluntarius et nexus cum aliqua actione a nobis posita. Quocirca, cum ad obligationem restitutionis satis sit damnum voluntarie illatum et intentio possit facere, quod sit proprie voluntarium et causatum ab hoc et non ab illo; poterit etiam afferre obligationem restituendi pro damno.

Et sane, quamvis proximus ius non habeat ut caveas vel removeas omnia pericula vel maxime remota damni sui, habet tamen ius ne eius damnum procures: id porro facis et actu consequeris, cum ponis e. g. eo fine ut moriatur Petrus, venenum in parte remotissima tui cubiculi, ad quam ipse rarissime solet venire, sub illa tamen spe qualicumque ponis, ut si forte veniat, bibat et moriatur, quod vere contingit (nn. 76. 77.).

Idem ostendit, exempla, quae pro contraria parte adducuntur, non valere. Iudex, aiunt, non tenetur ad restitutionem, licet ex odio damnet malefactorem: pariter utens moderamine inculpatae tutelae etsi ex odio occidat aggressorem, non tenetur ad restitutionem: rursus cum manu sustineas aliquem, ne in flumen cadat, quem tamen si sustinere pergas, cades tu pariter, si illum dimittas, quamvis ex odio, non teneris ad restitutionem. Ergo intentio prava nocumenti alieni non facit reum restitutionis, nisi ipsa exterior actio de se hanc obligationem afferat. Respondet autem rationem cur duo priores non teneantur restituere non eam esse, quod ad obligationem restitutionis requiratur actio exterior de se inferens talem obligationem, sed esse, quia proximus in iis duobus casibus nullum ius habet, ut eius mortem non procuret vel iudex vel se defendens intra limites moderatae tutelae. Item in tertio casu proximus habet quidem ius ut eius mortem non procures, sed non habet ius ut eum adiuves et defendas; omissio proinde adiutorii, quantumvis ex mala intentione, non facit te iniustum. Scilicet in hoc genere moris ut dicatur quis causa et imputetur ei effectus ut causae, debet praecedere obligatio iustitiae impediendi: cum ergo in hoc casu non praecedat talis obligatio,

etiamsi omittas defensionem ex mala intentione, non eris causa mortis illius; quia non concurris positive, sed solum negative, non defendendo (n. 79.).

Alia est, ut vidimus sententia Lessii, cuius e contrario principium est: *intentionem non facere ut opus sit iniustum, nisi alias ex natura sua et circumstantiis sit tale.* Quod principium probat s. Alphonsus l. 3. n. 636. alibique et Gury n. 604. §. 669. resp. 3. et §. 671. q. 16. aliique. At licet advertere non videri sibi defensores huius principii semper cohaerentes.

Sane Card. Lugo *de Iust.* disp. 11. n. 80. animadvertit, Lessium, qui saepius docuit, diversitatem illam intentionis, qua quis aliquid facit ex odio vel ut damnum sequatur, nihil referre, ut propterea sequatur restitutionis obligatio... tandem recurrere ad illam intentionis diversitatem, ut ponat vel neget obligationem restituendi pro damnis ex occisione sequutis... unde admittit quod si eo fine occideret, ut aliorum damnum sequeretur, teneretur utique ad restitutionem... Quod idem concedit... respectu creditorum occisi, quibus, si, ut eis obesses, debitorem occidisti, teneris ad restituenda debita, quae alias recuperare non possent.

Haec porro doctrinae inconstantia non solum in Lessio cernitur, sed et in aliis, quos videre est penes s. Alphonsum lib. 3. n. 633. Et hic quidem ad notam hanc vitandam reponit, in praedicto casu non modo haberi pravam intentionem internam, sed hanc prodire in vim externe iniustam, prout est homicidium debitoris, ex quo sequitur intentum creditorum damnum. At enim non videtur per haec difficultas solvi, aut Lugo doctrina refutari. Nam eadem debitoris occisio, fatente ipso s. Alphonso, censetur vel non censetur causa damni creditorum atque adeo in eos iniusta, solum pro nocendi intentione vel non intentione: secus enim occisor ad restitutionem tenebitur, etiamsi absit prava illa intentio; quia actio, si per se iniuriam affert alteri, onus infert restitutionis, etiamsi absit nocendi intentio, dummodo praevisum damnum fuerit. Cum ergo ipsa vis exterior evadat iniusta in creditores solum ex interna intentione, corruit fundamentum discriminis, quod inter hunc et alios casus assignatur.

Illud tamen tenendum, supponere semper in hac quaestione Lugo, quod externa actione ponatur causa saltem remote effectiva damni (n. 79. in fine).

116. Alia 2ª quaestio quoad delicta est, quam tangit et Auctor in praesenti resolutione, an scilicet obligatio restituendi oriatur ex culpa tantum veniali.

Et s. Alphonsus n. 552. vestigiis insistens Card. Lugo, distinguit, utrum culpa venialis sit ob materiae seu damni parvitatem, an vero, utcumque grave sit damnum illatum, ob imperfectionem actus, seu defectum advertentiae.

Si primum supponimus, tunc ex omnium consensu adest obligatio restituendi, sed *obligatio levis*. Ex qua regula unus tantum casus excipitur, quando nempe, ut inquit s. Alph. n. 553., in ultimo furtulo, complente materiam gravem, non advertit fur ad praecedentia furtula; unde peccat et hac vice tantum venialiter: completa tamen gravi materia, ubi id fur advertat, tenetur sub gravi ad restitutionem. Tamen, ut s. Alphonsus consentit, ad vitandum mortale sufficit, si restituat postremam illam parvam materiam, quae furtum grave complet, iuxta ea quae diximus sup. n. 81.

Quid vero si minuta damna diversis personis illata fuerint?

Est qui respondeat, probabilius esse, quod is non teneatur sub gravi ad restitutionem; quia ex una parte nemo grave damnum patitur et ex alia damnificator re aliena non ditescit, secus ac fur, qui ditescit ex furtis minutis.

Verum prior ratio valeret etiam pro fure, qui nihilominus ad restitutionem in hoc casu ab omnibus obligatur (86. 87.). Quod spectat ad aliam rationem, iam ibid. n. 86. cum Lugo monuimus, furti pravitatem non in eo consistere, quod quis ex re aliena ditescat, sed quod ditescat *iniuste*. Porro haec iniustitia residet in iuris alieni violatione, quae eodem modo adest, tum si ex alieni iuris violatione quis ditescat, tum si non ditescat; quia v. gr. vel rem surreptam statim absumit, vel amittit, vel destruit, aut damnum infert nihil sibi assumendo. Et cum iuris alieni violatio secum trahat eiusdem iuris reparandi obligationem, haec adest et adesse debet, tum si violator inde evaserit ditior, tum si ditior non evaserit. Quae cum ita sint, quoad rem praesentem palam esse debet, eum, qui pluribus per minuta damna nocuit ita, ut simul collecta damnorum omnium materia censeri gravis debeat, in eadem prorsus conditione versari eademque propterea restituendi obligatione constringi, tum si ex singulorum furtorum materia ditior evaserit, tum si nihilo magis factus sit dives, quippe qui aut paulatim surrepta statim consumpsit, aut nocuit aliis nihil sibi surripiens. Ergo si qua restituendi obligatio inest ob minuta damna pluribus illata paulatim per furtula, e quibus ditior quis factus fuerit, eadem obligatio adesse dicenda est, etiam quando ex illatis damnis nulla damnificanti utilitas accessit. Eadem enim utrobique prorsus ratio militat.

Si vero grave sit damnum, sed culpa venialis in causante ob defectum advertentiae, ut si quis nummum alterius aureum magni valoris proiiciat in mare, putans, ex inadvertentia invincibili, esse monetam aeneam: s. Alph. n. 552. relatis sententiis eorum, qui restitutionem imponunt pro rata culpae, vel integram sub levi (quamvis Laymann *de Delictis* p. 1. c. 6. n. 4. arbitretur gravem esse obligationem), concedit in sententiam Card. Lugo, nempe nullam adesse restituendi obligationem, nec sub gravi

nec sub levi. Ut enim arguit Lugo disp. 8. nn. 58.-60., *non sub gravi;* quia obligatio gravis non habet proportionem cum culpa levi: *non sub levi;* quia levis obligatio non habet proportionem cum *re gravi.*

Discrimen inter priorem casum et hunc declarat Lugo ibid., eo quod in priore damnificatio parva fuit plene cognita et voluntaria: quocirca nil mirum si pariat obligationem levem, proportionatam nempe sibi: in hoc altero autem casu non datur plena advertentia et plenum voluntarium respectu damni illati, ita ut damnum grave nec cognitum sit nec volitum, ideoque nulla gravis iniuria fuerit. Nequit ergo oriri obligatio resarciendi damni: non obligatio gravis; quia iniuria non fuit gravis: non obligatio levis; quia haec non est proportionata (nempe sufficiens?) reparationi damni gravis. Certe huiusmodi levem obligationem in materia gravi damni damnum passi non curant.

Difficultas tamen est; quia haud repugnare videtur, ut componatur simul levis obligatio restituendi cum materia gravi restituenda, quemadmodum, ut vidimus in tr. *de Legibus,* potest materia gravis esse praecepta sub levi obligatione.

Alii cum Lessio l. 2. c. 7. n. 27. rationem hoc pacto reddunt, quia quae ex levi culpa fiunt, veluti fortuita reputantur; quis enim in huiusmodi rebus periculosis non aliquando aliquam negligentiam admittat? ut proinde damnum secutum potius casui quam culpae sit deputandum. At si ita est, neque obligatio esse deberet, cum materia est levis. Tamburini *Decal.* l. 8. tr. 3. c. 2. §. 5. n. 3. ait: quia actus moralis imperfectus, qualis est indeliberata acceptio, non potest esse causa moralis obligationis perfectae, qualis est obligatio certa quaecumque, praesertim gravis. Quae ratio valere debet etiam cum materia est levis, si peccatum veniale sit ex imperfecta deliberatione.

117. Potior difficultas occurrit circa obligationem restitutionis ortam ex contractibus et sermo est (Lugo disp. 8. n. 97.) « de restitutione damni, quod ex culpa contrahentis patitur res aliena, v. gr. si liber tibi commodatus ex tua culpa pereat, ex qua culpa tenearis ad hoc damnum ».

Quidam DD. statuerunt, nullam esse in *foro conscientiae* obligationem, nisi res pereat aut patiatur damnum *ex dolo vel culpa lata.*

Communior tamen DD. inquit Lugo ibid. n. 99., tenet, 1° in contractibus, qui sunt solum in gratiam unius, uti in commodato, oriri obligationem etiam ex illius culpa *levissima:* alterum vero teneri ex dolo solum vel culpa lata, cuiusmodi est depositarius, in cuius gratiam non fit depositum: 2° si fiat vero in utilitatem utriusque, utrumque teneri ex culpa tum *lata* tum *levi.* De his agit l. *Contractus* Dig. *de Diversis regulis iuris.*

118. Sed difficultas in eo residet, an obligatio haec ex culpa *levi* vel *levissima* urgeat etiam in foro conscientiae, quando absit culpa theologica.

Et advertit quidem Lugo disp. 8. n. 100. et post eum s. Alph. n. 554.: « posse ex voluntate contrahentium eam obligationem ex contractu haberi, etiamsi non adsit culpa theologica, ita ut in conscientia teneantur contrahentes ex levi etiam et levissima culpa. Possunt enim contrahentes obligari ad assecurationem rei acceptae, quando id onus non est contra aequitatem et iustitiam contractus »... Adde, subiicit Lugo ibid. n. 101.: « potuisse *legis auctoritate* fieri, ut licet ex natura rei contractus hoc onus non deferrent adeo strictum, adderetur tamen ob bonum publicum et pacem communem et ut contrahentes vigilantiores essent in custodia rerum alienarum, quas apud se habent, vel in suo munere exsequendo... idque *primo* vel per *modum poenae legalis* in foro externo, quoties talis aliqua culpa iuridica intercedit: vel *secundo* per *modum poenae conventionalis*, quam contrahentes mutuo pacto censeantur sibi imponere et ad eam se obligare eo ipso quod talem contractum faciunt: vel *tertio* non per modum poenae, sed *per modum obligationis immediate ad illud damnum* in iis casibus resarciendum, quasi *per assecurationem* quandam, qua conductor v. gr. accipit in suam fidem rem alienam et eam ita assecurat, ut si non in casibus fortuitis, saltem ubi ex culpa iuridica pereat, velit eam domino salvam esse etc. ».

Sed quaeritur, an, sepositis hisce, nempe vel pacto vel lege, obligatio restitutionis, quam communior sententia adstruit in casu etiam culpae levis aut levissimae, obliget solum pro foro externo, an etiam in foro conscientiae.

119. Ad quam quaestionem Card. Lugo, postquam disp. 8. nn. 102-104. cum aliis probavit, si sistendum esset intra limites iuris naturalis, neminem teneri de damno rei alterius, nisi ob *dolum et culpam latam;* dein ibid. n. 106. statuit, quod de facto « licet probabile sit, obligari in conscientia contrahentes in iis casibus (scil. obligationis aut ex pacto ut diximus aut ex lege inductae), id tamen (inquit) pro praxi duriusculum mihi semper visum est et probabile satis existimo, loquendo de culpa levissima in sensu formali vel eam obligationem non fuisse a legibus inductam, vel certe leges non esse eo sensu receptas ».

Quam doctrinam Lugo confirmat, 1° quia (ibid.) « Nemo est, qui scrupulum sibi faciat in foro interno, quod debeat restituere pro commodato, quando in eius custodia diligentiam adhibuit non solum communem, sed eam etiam, quam diligentiores et vigilantiores adhibere solent, non tamen illam, quam diligentissimi et vigilantissimi adhibent, quae necessaria fuisset ad vitandam culpam levissimam, de qua etiam iuxta leges commodatarius tenetur. 2° quia (ibid. Lugo n. 107.) eiusmodi contrahentes nullo modo intendunt se obligare ad restituendum pro casu mere fortuito, ut omnes fatentur. Atqui quando res aliena perit absque ulla culpa theolo-

gica, sed propter naturalem oblivionem et inadvertentiam, non minus est fortuitus ille casus in foro conscientiae, quam si periisset incendio vel inundatione; ergo neque pro isto casu voluisti te obligare in conscientiae foro, non secus ac obligare te in foro conscientiae certe non voluisti, si incidens in amentiam vel phrenesim forte dirupisti vel consumpsisti. 3° Denique (ibid. n. 110.), quia omnes illae leges non aliter significant praedictam obligationem, quam aliae leges significant obligationem solvendi pro noxia vel damno a domesticis aut brutis illato, quae non obligant in conscientia ante sententiam iudicis. Et hoc videtur praxi receptum non solum in foro conscientiae, sed etiam in externo; quippe culpae illae, ob quas restitutio peti solet, semper aut fere semper sunt culpae latae.

Et hanc quidem doctrinam refert et admittit etiam s. Alphonsus n. 554.: veruntamen addenda est gravissima animadversio, qua idem Lugo difficultates penitius praecidit et revocat obligationem restitutionis ex his contractibus (exceptis casibus rei pereuntis ex oblivione et inadvertentia) ad regulam communem, quae nempe obligationem restituendi repetit solum ex culpa lata et gravi theologica.

120. Itaque in hanc rem Lugo disp. 8. nn. 110 et 112. animadvertit, quandam dari posse culpam seu omissionem diligentiae, quae secluso quopiam contractu, censeri et dici possit levis; adveniente tamen contractu iam merito gravis haberi possit. Distinguenda igitur est culpa *levis absolute* et *levis respective*. Quippe potest aliqua culpa in uno casu esse levis et quae idcirco *absolute* appelletur levis; quae tamen *respective* ad alium casum reputetur gravis. Nam sicut respectu personae ratione status videntur graves in Episcopo vel Religioso culpae, quae leves videntur in seculari; sic propter maiorem obligationem et strictiorem titulum, quem habet v. gr. commodatarius, quam depositarius, custodiendi diligenter rem, illa negligentia, quae in depositario reputaretur levis, in commodatario reputabitur gravis et in hoc sensu dici potest, quod etiam *de iure naturae* tenetur de *culpa levi,* hoc est, de illa negligentia, quae in depositario censeretur levis, quae tamen in commodatario non est levis, sed gravis et ideo tenetur de illa. Nam re vera non est iam eadem culpa *formaliter loquendo,* sed alia propter maiorem obligationem atque adeo est violatio alterius legis et per consequens alia culpa.

Hinc inferes 1° (Lugo ibid. disp. 8. n. 113.) in aliquo vero sensu dici posse, in contractu solum teneri aliquem ad restitutionem *ex gravi culpa,* hoc est, ex culpa, quae sit gravis respectu talis contractus.

2° « Hanc inaequalitatem (ibid. n. 114.) obligationis, ex qua provenit, ut in aliquo contractu sit gravis obligatio vitandi culpas, quae alioquin essent leves, efficere etiam, ut (seclusa ignorantia et inadvertentia inculpa-

bili) culpae illae leves in tali contractu evadant culpae theologicae graves et letales; quia qualitas contractus videtur afferre secum maiorem illam obligationem vigilandi et attendendi ad rem alienam custodiendam et conservandam... Quare si advertat ad maiorem hanc obligationem et illi graviter desit, poterit peccare mortaliter per negligentiam ».

3° Hinc apparet, verissimum esse, non posse esse obligationem in conscientia restituendi ex culpa levi vel levissima in contractu, sed solum si sit culpa gravis et lata contra illum contractum, licet *materialiter* culpa illa levis sit abstrahendo ab eo contractu; et in eo sensu dicitur, in eo contractu obligationem oriri ex culpa levi, non levi *formaliter*, quae sit nempe levis respectu talis contractus, sed levi *materialiter*, hoc est, quae in suo genere sit levis, abstrahendo a tali contractu.

121. Quod attinet denique ad obligationem restituendi ob culpam in proprio officio v. gr. medici, advocati etc. commissam, ex qua damnum sequatur, bene s. Alph. n. 555. post Lugo disp. 8. n. 93. dicit, probabile esse, teneri solum ex culpa lata iuridica et gravi theologica.

Quod vero subdit s. Alphonsus ibid. cum Laymann, teneri ex culpa levi eum, qui recipit stipendium (quam tamen dicit adnexam esse debere culpae gravi theologicae), intelligi debet de culpa *levi materialiter* (ut superius explicavimus), non vero *levi formaliter*. Quia nempe cum obligatio, quam habet recipiens stipendium, sit maior, proinde in eo censetur culpa gravis ea negligentia, quae alioquin esset levis et idcirco ipse s. Alph. exigit gravem culpam theologicam.

Ceterum quod homines huiusmodi non teneantur ex culpa levi (scil. levi formaliter), communis est sententia, ut ait Lugo disp. 8. n. 91. Ratio, quia oppositum esset onus gravissimum, quale homines in se non agnoscunt nec censentur velle sibi assumere, quando ea officia suscipiunt. Nec respublica videtur plus ab ipsis exigere, quam dominus exigat a famulis, oeconomo et aliis ministris, qui ex officio solum tenentur sub gravi culpa eam diligentiam adhibere, quam ceteri prudentes in eo officio adhibent. Fatendum tamen, in iis aestimari culpam gravem eam, quae in aliis, qui non tenentur ex officio, existimaretur levis. Ceterum illa ipsa dicitur *gravis* in illis; quia non excedit communem diligentiam prudentum in illo officio.

Multo vero minus ex officio quis tenetur de culpa levissima. Unum tamen casum, inquit Lugo disp. 8. n. 90., DD. excipiunt, quando nempe aliquis profitetur se diligentissimum et peritissimum et alicui quaerenti non mediocrem, sed peritissimum artificem, sese offert ut talem..., nisi tamen stipendium commune tantum recipiat, operi, quod fecerit, reapse conveniens (a).

(a) Gury vol. I. § 657. de distintione culpae iuridicae in *latam, levem et levissimam,* ita scribit: « Sed haec culparum distinctio in iure Gallico non commemo-

122. Restant adhuc aliae quaestiones, quod attinet ad culpam theologicam. Quid enim si quis sine culpa causam posuit damni, deinde vero id advertit, cum adhuc damnum proximi impediri potest? Per se impedire tenetur; quia sicut prohibemur ne actione nostra alteri noceamus, ita iubemur impedire ne actio nostra, quandiu quodammodo eius efficacia in nostra maneat potestate, alteri noceat. S. Alph. n. 564. Dixi *per se;* quia *per accidens* excusari ille poterit, si is detrimentum relative grave subiturus esset, dum impediret damnum alterius. Cuius quidem detrimenti gravitas aestimanda est, tum ratione habita gravitatis damni alieni, tum ratione habita propriarum facultatum et generatim non est imponenda obligatio gravis subeundi irreparabiliter damnum vere notabile. In pari enim casu, cum nulla culpa intercessit, ius habet homo potius sibi quam alii consulendi.

123. Quid vero si actio quidem culpabiliter posita est, sed iam per poenitentiam retractata, cum damnum sequitur? Cum poenitentia non tollat quod actio tua sit reapse causa damni neque aufert obligationem iam inde ortam reparandi damnum: teneris ergo ad restitutionem. Nec poenitentia potest esse vera, nisi cum proposito reparandi malum ex mala actione secutum.

Hinc fit, ut retractatio ne illud quidem impediat, quominus nempe ef-

---

ratur, imo ex iuris mente non videtur admittenda, ut constat praecipue ex art. 1137. » hoc postremum deletum est in ultimis editionibus.

Sed sicut est vera prima horum pars, ita dicenda est falsa posterior. Sane in articulo 1137. quem ipse allegat, adduntur haec verba: « Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contracts, dont les effets, a cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. » Quibus verbis aperte declarat, obligationem diligenter invigilandi ad rei conservationem esse maiorem aut minorem respectu quorundam contractuum et hoc in idem recidit, ac si dicas maiorem vel minorem exigi curam et diligentiam pro contractus varietate. Atqui hoc aperte continet substantiam distinctionis inter iuridicas culpas. Ergo.

Idcirco, quando in eodem articulo statuitur ita: « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé a y apporter tout les soins d'un bon père de famille: » indicatur plane diligentia, quae nullo in casu deesse debet et cuius defectus constituit *culpam latam:* insuper vero additur, maiorem vel minorem exigi etc., quo significatur, maioris diligentiae necessitatem adesse etc.

Haec confirmantur ex iis, quae idem codex (artic. 1927.-1928.) statuit de obligationibus depositarii. Nam in priore habet: « le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. » En diligentia communis. Mox art. seq. « la disposition de l'art. précédent doit être appliquée avec plus de rigueur, 1. Si le depositaire s'est offert lui même pour recevoir le dépôt: 2. Si il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt: 3. Si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du depositaire: 4. S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute ». En specialis diligentia. Idem habet codex italicus artt. 1224. et 1843. 1844.

fectus postea sequutus forte inducat irregularitatem aut aliquam censuram. Quod quidem iam adverterat Suarez *de Peccat.* disp. 3. sect. 4. n. 7. et Lugo deinde *de Poenit.* disp. 16. n. 445. uti communem sententiam tradit: « Quantumcumque (inquit) de facto retractetur voluntas praeterita, adhuc, si postea subsequitur effectus mortis, incurret irregularitatem aut excommunicationem qui dederat venenum, iuxta communem fere omnium sententiam, non minus quam si non fuisset retractata voluntas; quia nimirum per illam retractationem non tollitur, quod effectus sequutus sit voluntarius: unde absolute denominat homicidam; alioquin non redderet irregularem ».

Neque valet ratio, quam contra ex Salmanticensibus *de Cens.* cap. 1. n. 155. refert s. Alphonsus lib. 7. n. 40., quod nempe censurae non ferantur nisi in contumacem; talem autem non esse, qui malam voluntatem iam retractaverit. Respondetur enim, contumaciam voluntatis, quae requiritur ad censuras incurrendas, eam esse, qua quis sciens et volens legem transgreditur, non vero defectum retractationis ante ultimum effectum; neque enim censura punit peccatum malae voluntatis perseverantis usque ad effectus consummationem, sed peccatum voluntatis mortem per causae positionem inferentis: licet expediret sapienterque ab Ecclesia provisum sit, ut poena eiusmodi non incurreretur nisi effectu sequuto, ne scilicet ob incertum criminis eventum incerta esset censura neve contingeret, ut haberetur ceu excommunicatus ob homicidium ille, qui deinde detegebatur non reus homicidii, cum mors sequuta non esset.

Si autem causa damni sit moralis, potest haberi aliqua retractatio eius, citra poenitentiam mali: de qua retractatione, an absolvat eum, qui causam posuit, et obligatione resarciendi damni, disputabimus commodius, ubi de cooperatoribus.

124. Qui errat in quantitate damni, volens quidem damnum inferre grave, sed non advertens multo illud maius esse, quam putabat, puta qui alterius gemmam, quae mille aureis veneat, proiiciat in mare, putans valere centum; teneturne ad restitutionem excessus, quem postea deprehendit? Discrimen huius casus a praeced. n. 116. in eo est situm, quod heic gravis iniuria et gravis culpa theologica intercedat, secus ac in illo. Teneri ad totum damnum resarciendum hunc damnificatorem pro certo habet Lugo disp. 8. n. 63. Ratio est, quia ubi datur iniuria gravis, eo ipso consequitur obligatio resarciendi totum damnum, quodcumque illud sit et etiamsi ignoretur. Sic enim ei, qui est in mora restituendi, imputantur casus fortuiti et non praevisi; quia nimirum iniuria gravis affert secum hoc onus reddendi incolumem eum, qui iniuriam patitur.

S. Alph. tamen n. 613. satis probabilem censet sententiam aliam, quam Croix, Mazzotta Diana etc. et alii iuniores, ut ait, sequuntur, quod, modo

ille invincibiliter credat gemmam non pluris valere neque vel in confuso dubitet de eius reali valore, teneatur solum ad restitutionem valoris, quem apprehendit; quia quoad illum excessum abest voluntas damnificandi. Ita et Gury q. 9. §. 666.

125. Item quaeritur, an tenearis reparare damnum quod alteri accidit; eo quod tua actio iniusta fuit illi imputata et poenas dedit.

Certe si causam posuisti huius imputationis, usus e. g. mediis, quae legitimam suspicionem contra illum valeant excitare, ut si vestibus alterius indutus homicidium patrasti et vestes sanguine foedatas postea proiecisti et praevidisti hanc imputationem, probabiliter saltem, secuturam, certum est te teneri ad reparandum damnum; quia es eiusdem voluntaria causa.

Si vero ex errore solum iudicum fit, ut crimen tuum alteri imputetur, non est cur ad restitutionem tenearis; quia actio tua non est ullo modo causa, cur alter damnum patiatur, sed ad summum occasio. Causa est error iudicum. Idque valet, etiamsi praevideris hunc errorem secuturum, dummodo, ut supponimus, nullam veram causam ei des; quia praevisio illa nihil extra operatur h. e. non facit ut alteri crimen tuum imputetur. Cum ergo nullam actionem iniustam erga eum, qui damnum passus est, posueris, nulla est obligatio restitutionis. Ita s. Alph. n. 635. ex Lessio et aliis.

Addit s. Doctor n. 636. neque, si intenderis ut tuum crimen alteri imputetur, te teneri ad reparationem damni: dummodo hypothesis maneat, quod nullam externam causam ponas eius imputationis. Ratio eadem est: quia intentio illa non facit ut opus tuum sit iniustum erga eum, qui damnum patitur. Neque haec doctrina adversatur illi, quam dedimus ex Lugo n. 115.; etenim et Lugo supponit actionem fieri, quae sit causa damni et ius esse in alio ne tu ponas illam actionem aut ne omittas aliquam actionem, ne ei noceas. Sed cf. dicenda sub resol. 14. art. 3. dubii 6.

126. Diximus iniuriam debere esse formalem. Hinc autem oritur quaestio non parum impedita: an reparare tenearis damnum, quod, cuidam nocere volens, ex errore involuntario intulisti alteri. Verum hanc quaestionem infra expediemus art. 3. resol. 2. ubi et A. eam tangit.

127. Nota tandem, quod iniuria, quae ratio est restitutionis, non desinit esse talis, eo quod dominus rei, quam aufers aut destruis v. g., ea non recte utatur: semper enim verum est, te ius alterius violare. Hinc responsio Cong. s. Inq. 21. Septemb. 1842. ad quaestionem propositam a missionariis. « Utrum Christifidelis, qui sciens et volens delubri muros, ianuas, implementa diruit et perdit atque ab ethnicis ea de causa capitur, debeat vel possit damnum sarcire, saltem ex alio titulo? Resp. Teneri ad restitutionem titulo iustitiae ».

Dub. II.

De Cooperatoribus Qui teneantur ad restitutionem.

XXXII. Respond. Tenentur omnes illi, qui quoquo modo sunt causa influens et efficax damni secuti ac qui ex officio et obligatione iustitiae obligati cavere damnum, non caverunt. Ita communiter Doctores. Unde concludunt, teneri ad restitutionem comprehensos sequentibus verbis.

Iussio, consilium, consensus, palpo, recursus,
Participans, mutus, non obstans, non manifestans.

128. In hac re cooperator est, qui simul cum alio est causa damni, sive causa secundaria sit sive aeque principalis, sive mediata sive immediata, sive positiva sive negativa. Non enim in omnibus eadem est ratio cooperationis, sed hoc est omnibus commune, quod una cum alio concurrant ad damnum seu iniuriam damnosam; quod in singulorum cooperatorum explicatione patebit.

Certa est doctrina, non solum qui causa efficax est damni sed etiam qui ex iustitia debebat cavere ne damnum fieret et non cavit, teneri ad restitutionem seu damni reparationem.

Porro obligationem iustitiae ad cavenda aliorum damna inducit vel contractus vel officium, quod est quasi contractus: quam vero singula officia obligationem inferant, tradendum est in tract. de Praeceptis particularibus.

Ad doctrinam de cooperatione spectat prop. 39. ex damnatis ab Innocentio XI. « Qui alium movet aut inducit ad inferendum grave damnum tertio, non tenetur ad restitutionem damni illati ».

De cooperatione iam locuti sumus in tr. *de Caritate* et quae ibi tradidimus, huc pro opportunitate revocanda erunt. Sed e re erit notare discrimen, quod intercedit inter obligationem ex iustitia et obligationem ex caritate. Iustitia obligat ad tribuendum cuique suum atque adeo ad non laedendum ius alienum atque resarciendum, si laesum fuerit: non autem obligat ad idem ius aut conservandum aut promovendum neque ad impediendum ne ab aliis laedatur, nisi si quis ex contractu aut officio ad id teneatur. Caritas vero obligat (plus minus) ad volendum, procurandum et promovendum (saltem sine gravi incommodo) bonum aliorum, quod ex ipsa coniunctione animorum per caritatem fit quoque nostrum, sive illi ius erga me habeant ut id praestem sive secus, dummodo hoc eorum bonum sit. Poterit ergo esse obligatio ex caritate, ut tuearis, promoveas iura alterius, ut impedias ne laedantur, eo quod hoc bonum est illi; quamvis non sit obligatio ex iustitia.

129. Quae generatim dicta sunt l. c. in quaestione an et quatenus liceat cooperari materialiter actioni malae alterius, transferenda huc sunt in quaestione speciali: an et quatenus liceat cooperari materialiter actioni iniustae alterius; adhibita animadversione, quod causa rationabilis, quae requiritur quaeque debet esse relative gravis, pensanda est etiam ex comparatione cum iure alterius, quod violatur.

Quaeritur sane an propter gravissimum metum e. g. mortis, licita sit cooperatio immediata ad damnum grave proximi in bonis fortunae. Nulla est difficultas in hypothesi, quod possis et velis damnum postea resarcire, neque si absque tua cooperatione damnum aequaliter ab agente principali factum fuisset; sed quid si reapse cooperatio tua necessaria fuit et non possis aut nolis damnum resarcire?

Gury §. 687. duas sententias producit. Prior negat; quia proximus, qui laeditur, est rationabiliter invitus, quocirca actio est intrinsece mala. Est autem persona laesa rationabiliter invita; quia ipsa non tenetur cum tanto suo damno fortunarum vitam tuam servare.

Ita Billuart. Altera affirmat; nam quemadmodum constitutus in extrema necessitate surripere potest id, quo mortem evitet, ita is, cui mors intentatur, cooperari poterit subreptioni bonorum proximi ad vitam servandam. Pro hac citatur s. Alph. n. 571., ubi tamen de cooperatione immediata, exclusive saltem, non loquitur et nihilominus deinde referens doctrinam Molina, quam suam facit, temperamentum quoddam huic doctrinae adhibet. Verba Molina sunt ex disp. 145. tom. 1. « Mortis metu vel mutilationis membri, fas est eiusmodi captivis nocumentum inferre christianis in bonis externis, ad infidelium imperium ea destruendo, capiendo etc.; quoniam in eo eventu sunt in extrema necessitate eorum bonorum ad vitam conservandam. Ergo *quantum fas est cuique in extrema necessitate sumere* de bonis aliorum ad conservandam propriam vitam, *tantum damnum* fas est eiusmodi captivis inferre bonis aliorum ad vitam tuendam ». Perpende illud *quantum, tantum* et facile intelliges certis limitibus contineri potestatem hanc, quae fit alicui cooperandi, ob metum mortis vel mutilationis, damno alterius in bonis fortunae, iis nempe limitibus quos indicavimus n. 29. S. Doctor vero inter mala, quorum metu cooperationem huiusmodi permittit, numerat etiam gravem infamiam.

130. Quod si damnum grave, quod quis sibi timet, nisi cooperetur iniustae damnificationi in bonis fortunae, sit solum in propriis bonis, s. Alph. ibid. non permittit cooperationem nisi fiat animo compensandi.

Utique principium est s. Doctoris, quod quis non tenetur impedire damnum alterius cum aequali proprio detrimento (n. cit. prope finem): sed actiones, quibus non impeditur damnum alterius imo adiuvatur, intelligit eas quae per se sunt indifferentes, ut concursus sit mediatus et ponit

exemplum in famulo, cui licet, ob metum mortis supponere humeros hero ascendenti ad stuprandam virginem. Heic vero agitur de immediato concursu, de ablatione rei alienae, quae ad salvandam vitam vel integritatem corporis, ad vitandam gravem infamiam et perpetuam captivitatem, licita esse potest (cf. n. 29.) et desinere hoc ipso esse furtum: at extra hos casus manet furtum ideoque semper est illicita, nisi fiat animo compensandi. Manifestum est praeterea nunquam licere immediatam cooperationem ad necem alterius iniustam, quemadmodum non licet occisio. Pariter illicita est eadem cooperatio ad mutilationem vel gravem vulnerationem alterius, nisi forte fiat ad eiusdem mortem avertendam.

Hinc ita solvendi sequenter casus.

XXXIII. 1. Tenetur ad restitutionem mandans, sive expresse mandet sive tacite, dicto nimirum vel facto, ex quo, verbi gratia, famulus colligat, hero gratum fore, si faciat; non autem tenetur, qui ratum tantum habet opus suo nomine factum, uti nec mandans, si ante exsecutionem mandatum retractet idque mandatario innotescat; quia tunc non est vera causa. Mol. Less l. 2. c. 3. d. 3. Fill. t. 32. n. 54.

131. Mandans dicitur qui de facto iubet, licet de iure careat potestate iubendi. Quod si hanc iubendi potestatem habeat et insinuet, se velle aut cupere, ut fiat, censetur iubere, si v. gr. dicat *volo, rogo, mando,* sive quovis alio modo. Ex Croix lib. 3. p. 2. n. 23.

Iubendi autem vox late sumitur non pro *praecipiendo* solum, sed etiam pro *committendo* seu *mandando.* Unde Scavini *de Restit.* in gen. cap. 1. art. 1. pag. 434.: « Iubentis seu mandantis nomine eum intelligimus, qui alterum inducit ut suo nomine damnum inferat proximo ».

132. Gury vol. 1. §. 673. olim sic definiebat mandantem: « Iubens seu mandans dicitur ille, qui tanquam dominus agit, quique per vim et metum moraliter cogit mandatarium ad agendum ». Dein mutata definitione, sensum retinuit, censens non obligari ad restitutionem, nisi *egerit tanquam verus dominus seu per vim, motum vel auctoritatem mandatarium moraliter coegerit.*

Non bene; nam neque requiritur, ut mandans agat ut *dominus* et multo minus requiritur, ut cogat mandatarium *per vim* et *metum.*

« Advertendum est, inquit Bonacina *de Iust. in gen.* disp. 1. q. 2. p. 6. n. 1., nomine *iubentis* intelligi non solum habentem potestatem imperandi, sed etiam eum, qui aliquid *mandat,* quamvis imperandi non habeat auctoritatem ».

Imo in hac re notio primaria debet censeri notio *mandati,* quod est quidam contractus, quo quis officium vel negotium suscipit exsequendum in gratiam alterius, seu eiusdem nomine. Porro mandans, eo ipso quod suo nomine vult aliquid fieri, assumit sibi onus restituendi ex opere, quod

in eius commodum et utilitatem actum est. Adiaphorum autem est, num quis ad suscipiendum mandatum vel praecepto superioris moveatur, vel metu, vel spe remunerationis, vel statuta mercede, vel gratis ex amicitia, vel alio motivo, aut etiam *sponte sua* (nam ut dicitur l. 1. Dig. *Mandati* hic contractus originem suam ex amicitia et benevolentia trahit), dummodo tamen id sciat alter et tacens patiatur; sciat nempe, te, solum ut ipsi placeas et gratum quid facias et desiderium ipsius impleas, opus aggredi, nam si absentis et nescientis negotium quis suscipit, non *mandatarius* dicetur, sed *gestor negotiorum*. Vid. Azor p. 3. lib. 3. *De Mandato* cap. 1. et 2.

Exinde Thh. et Canonistae et Leges quando agunt v. gr. de censura, quae incurratur non modo ab exsecutore, sed a cooperatoribus, non utuntur voce *iubentis*, sed *mandantis*.

133. *Tacitum* mandatum dicit Scavini *de Rest.* cap. 1. art. 1. n. 1. pag. 434. fieri nutu, signo vel facto alio, v. gr. si pater vel dominus filio suo vel servo significet, sibi gratam fore illius personae occisionem aut cum iisdem conqueratur, quod nemo iniuriam sibi factam ulciscatur. Huc revoca historiam Henrici II. respectu s. Thomae Cantuariensis.

Gury vero addit §. 675. n. 2.: « Si videns aliquem paratum ad damnum alteri inferendum, ut tibi obsecundet, non contradicas, damnum reparare teneris, modo exsecutor noverit, suum propositum tibi notum fuisse ». Ita autem et Laymann lib. 3. tr. 2. cap. 5. n. 2.

Reliqua de mandato vid. apud Azor et Bonacina ll. cc. et infr. *de Contractibus*.

134. Mandans, ut ait Croix, tenetur etiam ad restitutionem damnorum, quae obveniunt mandatario, nisi aliter pactum fuerit v. gr. ut faciat pro certa mercede. Ratio est; quia mandatarius censetur suscipere in se exsecutionem mandati cum hac conditione ut mandans subeat onus, cum ipse sit tantum mandantis instrumentum. Ita Croix lib. 3. p. 2. n. 24. allegans Laymann; sed parum ad rem: quippe Laymann lib. 3. tr. 4. cap. 26. n. 3. et cap. 27. n. 2. non loquitur de mandatis ad damna inferenda, sed de mandatis ad negotium, docens mandantem teneri ad expensas necessarias a mandatario factas et de actione, quae mandatario sive extraneo sive domestico competit in mandantem (cf. in seq. Part. ubi de Contractu Mandati). Proinde Gury §. 674. q. 2. coarctat eam doctrinam, si mandans vi et metu alium compulerit; secus alius sponte videbitur in se suscepisse onus et consectaria, ut Gury advertit l. c.; ut proinde nisi pactum de indemnitate praecesserit, solum ex quadam aequitate mandans teneatur. Sed cf. in seq. Part. loc. cit.

135. Si revocatio mandati non innotuit mandatario aut si innotuit quidem, sed per errorem non est iudicata seria revocatio v. gr. si man-

datarius putavit, mandatum revocatum solum specie tenus, ne videretur mandans contemnere preces, quas alii praesentes ad id exhibuerunt (Lugo disp. 19. n. 25.) et mandatarius mandatum exsecutus est, mandans ad restitutionem tenetur. Ad id probandum, Lugo n. 26. comparat hunc casum cum eo, quo mandatarius ob surditatem non bene intellexerit revocationem. Effectus enim in hisce et similibus semper fit dependenter a priori mandato.

Si vero revocatio sit iudicata seria, sed mandatarius dein invincibiliter immemor revocationis (quod raro certe continget) damnum intulit, mandans ad restitutionem tenetur. Eadem ratio est; quia reapse damnum sequitur ex priore iniusto mandato.

Lugo l. c. n. 27. difficultatem proponit, videri mandantem non teneri; quia eius mandatum vere exspiravit per revocationem intimatam et acceptatam a mandatario: actio proinde nunc sequitur ex mandato non vero, sed ficto. Subdit tamen: « Adhuc tamen magis *inclino*, quod mandans teneretur ad restitutionem, si crederet, mandatarium ex priori suo mandato motum fuisse ad opus exsequendum; quanquam non teneretur ad *contractum suo nomine cum illa oblivione celebratum*... Nam ad obligationem restituendi sufficit, quod ex iniusta actione praeterita mandantis hoc damnum reipsa subsequatur, prouti revera subsequitur ». Ex quibus patet, aliter cum agitur de contractu inito a mandatario ex oblivione, aliter cum de damnificatione, rem se habere.

Secus certe dicendum, si mandatarius, licet acceperit revocationem mandati, finxerit tamen, se eam non accepisse et opus mandatum peragat ad recipiendam mercedem promissam. Ubi enim constet de falsitate et mendacio mandatarii, nulla ei merces reddetur et ideo quia non eum merces promissa, sed sua fictio movet ad inferendum damnum. Lugo disp. 19. n. 24.

Addit Lugo n. 29-31., eum, qui non potest tempestive admonere mandatarium, non teneri ad monendum illum, cui damnum inferendum foret, ut caveat; si id non possit absque periculo LONGE *maioris* damni proprii: secus vero teneri. Ratio est; quia damnum iam illatum ipse teneretur resarcire, quousque posset sine damno suo *longe maiori:* ergo et praecavere eodem pacto tenetur. Sufficiat proinde damnum illatum postea resarcire, ad quod procul dubio mandans tenetur; quia ex eius actione iniusta processit.

136. Mandans tamen non tenetur ad damna illata ultra mandatum, v. gr. si mandet vulnerari solum et ille occidat. Excipe, si non fuit in potestate mandatarii, se intra eos limites continere. Ratio est, quia mandans non fuit causa illius damni. Croix lib. 3. p. 2. n. 26.

Huc pertinet cap. fin. *De homicidio* in 6. « Is, qui mandat aliquem ver-

berari, licet expresse inhibeat, ne occidatur ullatenus vel membro aliquo mutiletur, irregularis efficitur, si mandatarius fines mandati excedens, mutilet vel occidat: cum mandando in culpa fuerit et hoc evenire posse debuerit cogitare ». Mandando enim, subdit Perez in lib. 4. cod. tit. 35. n. 7., quis illicitum, videtur omnia mandasse, quae *probabiliter* poterant concomitari. Unde illa doctrina Croix limitanda videtur.

137. Quod ait A. de ratihabitione, clarum est: nam ratihabitio subsequens non potest facere me causam praeteriti damni. Quid ergo est quod reg. 10. iuris in 6. dicit: *ratihabitionem retrotrahi et mandato non est dubium comparari?* Respondet Laymann *de Restit.* c. 5. n. 3.: « hanc regulam intelligendam in primis de contractibus, qui alterius nescientis nomine celebrati ac proinde a consensu eius pendentes, subsequente ipsius ratificatione confirmantur. Deinde intelligendam regulam de poenis, quae per iudicis vel legis sententiam non minus incurruntur, postquam aliquis delictum, suo nomine patratum, ratum habuit, quam si ante patrari iussisset, iuxt Gloss. communiter receptam in l. 1. §. *deiecisse* Dig. *de Vi et vi armata* ». Cf. et Lugo l. c. n. 33. et quae heic Part. seq. dicentur sub *Mandato.*

XXXIV. 2. Tenetur item consulens, aut precibus ac promissionibus ad damnificationem inducens * Iuxta Prop. 39. damnatam ab Innocentio XI. * Quod si tamen ante exsecutionem consilium suum retractet et, quantum potest, contrarium suadeat, etsi non persuadeat, probabile est excusari a restitutione; maxime si eum, cui damnum paratur, moneat, ut caveat. V. Bonac. et Tan. 2. 2. d. 4. q. 6. dub. 14. Sà v. *Consilium* et Dian. tract. 2. misc. res. 18. et t. 5. res. 83.

138. Consulens est qui rationibus seu motivis sive veris sive apparentibus persuadet aliquid fieri, qui instruit, docens nempe modum, quo fiat: porro ad consulentem heic revocatur, ex communi Theologorum doctrina, qui hortationibus impellit, qui precibus aut promissionibus movet (Lessius l. 2. c. 13. n. 14. Lug. disp. 19. n. 35.) et ipse enim est causa moralis actionis alterius et se habet ad modum consulentis. « Consilium, ait Ulpianus l. *In furti* Dig. *de Furtis* §. 3., dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum ». Iustinianus vero in Inst. l. 4. tit. 1. §. 11. ait: « qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti ». Scilicet, ut explicat Vinnius, nonnunquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur ut furto sibi pecuniam quaerat: huiusmodi simplex consilium neminem furti obligat, quantumvis furtum secutum sit ». Haec quidem in foro externo valent, cum agitur de intentanda *actione furti;* at si hortatio fuerit efficax, in foro conscientiae perinde erit et hortator causa moralis dicetur furti.

Consilium, quod est causa moralis damni, illud est, quod datur alias

non cogitanti aut nolenti; si enim quis iam est ex se ad delictum determinatus, consilium accedens non influit efficaciter in illud. Quod generatim verum est; fieri tamen potest, ut talis homo, audito consilio, ab ipso quoque moveatur, imo ita mutetur, ut ab eo consilio aut precibus aut hortationibus potius moveatur. quam a motivis a se prius excogitatis. Cf. s. Alph. n. 561.

139. Si intercesserint solum preces, hortationes, promissiones, tunc *retractatio* efficit, ut consilium non perseveret moraliter in inferendo damno: ergo revocato huiusmodi consilio, non tenetur consulens ad restitutionem et hoc est manifestum. Huiusmodi consilium Gury §. 677. vocat *nudum*, alia autem ratione datum, cum suggeruntur motiva aut modus aperitur, vocat *vestitum*.

140. Si vero aut docuit modum aut motiva suggestit aut ostendit utilitatem eius, qui crimen perpetrat, tunc siquidem haec essent falsa, satis foret, ut eorum falsitatem doceret et inutilitatem et sic cessaret moraliter influxus, nec teneretur ad restitutionem. Si vero non erant falsa et revocaverit utique consilium suum, quantum potuit, non tamen retractatio damnum cohibuit, sunt qui ad restitutionem damnant consulentem. Ratio est, *quia consilium pergit movere et reipsa est causa damni;* idcirco consulens comparandus est (aiunt) cum eo, qui incensum ignem dein non potest exstinguere. Ita Lugo cum Molina disp. 13. n. 37. Lessius, Toletus, Sporer, Croix alii apud s. Alphonsum. At plures contradicunt, ut videre est apud Ligor. lib. 3. n. 579.

Ratio est, quia semper adsunt tales rationes obiiciendae illi, cui malum consilium datum est; ut vis elidi valeat prioris consilii. Eiusmodi sunt certe rationes a fide petitae (dummodo sit fidelis ille, cui consilium est datum) vel aliae etiam naturales, quae occurrere possunt efficaciores prioribus: tum exsecutor non priori consilio, quod abolitum est, sed suo pravo animo damnum imputare debet. Nec comparatio valet cum igne accenso: haec enim est causa necessaria; qui vero consilium accipit, est causa libera, quae animum mutare potest.

Ceterum cum plures habeant hanc sententiam uti probabilem, ut etiam s. Alphonsus *satis probabilem* dicat (licet priorem dicat probabiliorem), imo sint qui *valde probabilem*, ut Laymann (a) ac *probabilissimam* ut

---

(1) Ubi Laymann id dicat, reperire non potui: non certe in loco citato a S. Alph. n. 559. ed. Taur. 1846: neque ubi Laymann data opera agit de obligatione consulentis ad restitutionem l. 3. Tr. 2. c. 5.

Videtur autem B. eorum tantum consiliorum habuisse rationem, quibus alter alterum argumentis et rationibus permovet ad inferendum damnum. Sed quid si quis alteri non illaturo damnum, quia nescit quomodo id exsequi valeat, viam et modum ostendat, quo id impune fieri possit? Argumenta, quae suasor deinceps, consilii dati

Roncaglia vocant, non debet imponi onus restitutionis, praesertim cum melior sit conditio possidentis et onus restituendi certissimum semper habeat is, qui damnum intulit et sic damnificato satis consulitur.

141. Id vero maxime retinendum censent, quando consulens non modo consilium suum retractavit, sed praeterea monuerit de paratis insidiis illum, de quo agitur. Imo addunt, consulentem, si non obstante qualibet retractatione videat alium paratum ad inferendum damnum, ad tertium illum monendum teneri, ut cavere a damno possit. Vid. s. Alphons. n. 559. in fin. Et hoc potissime valet, si homini cupido iam et parato ad malum inferendum *indicasti modum unicum*, v. gr. ubi lateat homo occidendus, vel res auferenda. Nam unica ratio impediendi erit monere alium.

142. Malum consilium alteri praebens etiam scienter, non tenetur ad resarcienda damna, quae obveniunt acceptanti consilium; quia scienti et volenti non fit iniuria.

Excipe nisi consulens alium circumveniat fraudibus ita, ut hic ad consilii iniquitatem non adverterit (Gury §. 678.). Hoc est quod in iure dicitur, *neminem ex consilio obligari*, erga eum scilicet, cui consilium datur; *quia liberum cuique est apud se explorare, an sibi expediat consilium*. Ideoque excipitur, si dolus intervenerit. Cf. Instit. l. 3. tit. 27. §. 6. et l. 47. Dig. *de Diversis regulis iuris.*

143. Praeterea, si consulens ratione status sui seu muneris praeseferat peritiam in ea re, quam suadet, ut doctor iuris, advocatus, confessarius et male consulat, tenetur erga eum, cui malum suggerit consilium, de culpa saltem lata, imo etiam levi, si inde proprium commodum v. gr. stipendium accipiat (cf. n. 120.).

Si autem consulens hanc peritiam aut scientiam non profiteatur, non obligatur ex consilio nisi doloso, quo nempe, ut diximus, consulens alium fraudibus circumveniat, ut habet et reg. 62. in 6. « Nullus ex consilio, dummodo fraudulentum non fuerit, obligatur ». Cf. Laymann l. 3. tr. 2. c. 5. n. 4. Obligatur tamen erga tertiam personam, quae inde damnum patitur, si ipse propriam imperitiam noverit et damnum secuturum saltem in confuso praeviderit. Ratio discriminis est; quia in priore casu, is qui consilium petit ab eo, quem non peritum novit, sibi soli imputare debet errorem, quem forte admittat: in altero vero casu tertia persona est ra-

---

poenitens, producat ex motivis fidei, non elident per se vim prioris consilii; quia reipsa illi non adversantur. Consilii vis non elidetur nisi mediis modisve indicatis a consulente obstaculum efficax a parte rei ponatur, vel admonito opportune eo qui damnum passurus esset, vel alia ratione cohibito exsecutore ab opere. Secus, si hic, contemptis argumentis sero a consulente productis, secundum prius consilium agat, non apparet quomodo consulens de damno non teneatur; quia vere actio ab eo posita est huius damni causa, cum eius efficacia integra perseveret. Cf. Lehmkuhl. V. 1. n. 1005. E.

tionabiliter invita adversus ineptum consulentem. S. Alph. n. 564. Gury §. 679. q. 7.

144. Quid si quis consulat minus malum ad maius avertendum? Si agitur de eadem persona, cui malum impendit et alter paratus est inferre malum, facile consentiunt fere omnes, consulentem non teneri ad restitutionem, imo licite agere: cf. s. Alph. n. 565. Si vero de alia persona agatur, cuius minus malum suadetur, negant multi et cum his s. Alph. l. c. id licere, qui idcirco affirmant consulentem ad restitutionem teneri. Ita Lugo disp. 19. n. 47. Contrarium tamen alii tenent, ducti ratione satis probabili.

Ratio est, inquit Vasquez Op. *de Scand.* art. 1. dub. 2. n. 14., quia hoc genus consilii eo tendit formaliter, ne committatur maius peccatum; ex quo fit, ut is, a quo latro furatur illud quod minus est, non sit rationabiliter invitus de eo, qui consilium praebuit. Et Turrianus *De Fid. Spe, etc.* disp. 95. dub. 6.: « Mihi probabilius est, tale consilium esse licitum, quando nulla alia ratione posset quis retrahi a maiori illo peccato committendo; quia consulere minus peccatum in hoc casu malum non est. Deinde is, cui infertur iniuria, non est rationabiliter invitus respectu consulentis; quia ille tantum suasit minus furtum, ne latro committeret maius peccatum: esset tamen invitus respectu latronis ». Quae quidem animadversio Turriani sapientissima est, quod nempe qui damnum patitur, iustam querelae causam non in consulentem minus damnum, sed solum in latronem habeat. Et sane caritas postulat, ut volenti malum patrare, suadeam minus; itidemque caritas exigit, ut potius impediam damnum eius, qui plus pateretur, quam eius, qui minus. Hic igitur rationabiliter invitus esse non potest respectu illius, qui ex norma praecepti caritatis rem gerit.

XXXV. 3. Tenetur item qui suo consensu, calculo vel suffragio est causa efficax damni. Less. d. 3. n. 23. Fill. c. 32. c. 1.

145. Consentiens heic intelligitur ille, cuius consensus requiritur ad exsecutionem iniuriae. Id locum habet in iudice vel iurato ferente cum aliis sententiam, in suffragium dantibus pro lege condenda, pro electione ad aliquod officium, beneficium etc.

Qui suffragio suo est vere causa damni, ad restitutionem seu reparationem tenetur: quod evidens est. Sed identidem quaestio esse potest, an aliquis fuerit vere damni causa.

Itaque 1° si omnes simul suffragium ferant iniustum, omnes pariter tenentur ad reparandum damnum, quod accidit. Ratio est; quia singuli ex aequo concurrunt ad unam (unitate morali) actionem, quae est causa damni.

2° Etsi alter post alterum ferat suffragium et iam suffragia sufficientia ante tuum lata sint; si tamen, ex condicto seu conspiratione inita

tecum, illi priores suffragium tulerint: tu quoque teneris; quia conspiratione influisti in eorum suffragium ideoque in damnum.

3° Eadem exsistente ratione ferendi suffragii, si tamen suffragia sunt revocabilia donec suffragatio completa sit; quamvis suffragium tuum accedat ad suffragia sufficientia iam lata, teneris pariter; quia perinde est ac si simul suffragia ferantur.

4° Eadem rursus exsistente ratione ferendi suffragii, si suffragia sint irrevocabilia statim ac lata sunt et videas iam processisse suffragia sufficientia: accedens suffragio tuo, peccas quidem, si animo consentis et probas iniustam actionem, verum a restitutione excusaris; quia non est *consensus, sine quo malum fieri non potest* (s. Thomas 2. 2. q. 62. a. 7.) sive quia non fecisti iniuriam damnosam; non secus ac si vulnerares hominem iam ab aliis occisum. Fieri tamen potest, ut alterius damni, e. g. maioris infamiae sis causa.

5° Quamvis secreta suffragia ferantur, si tamen tibi deinceps constet, suffragia sufficientia ad damnum inferendum ante tuum lata esse: e. g. fac 30. esse suffragatores et satis esse 16. suffragia, te vero vigesimum esse in dando suffragio, proditis autem in apertum suffragiis, apparere omnia suffragia exceptis duobus, consensisse in damnum; constabit tibi te venisse saltem decimum octavum ideoque iam antea sufficientia exstitisse: non teneris ad restitutionem; quia reapse non fuisti efficax causa damni sive quoad efficaciam damni perinde te habes ac in praec. hypothesi 4ª. Ita Molina *de Iust. et iure* disp. 723. atque id communiter doceri ait Lugo d. 19. n. 17. idem valere affirmans in utraque hypothesi suffragii palam vel secreto lati. Ita et s. Alph. censet n. 566.

6° Quamvis post tuum suffragium alia secuta sint, quae causa damni non secus ac tecum exstitissent eaque certo sciveris secutura, cum suffragium ferebas: attamen, si tuum suffragium complet numerum sufficientem suffragiorum, es restitutioni obnoxius; quia veram causam damni posuisti. Ita communiter.

* Licet enim alii sint occisuri hominem, si tu non occidas, non est consequens te eum non occidisse, si illos praeoccupans posueris causam mortis illius. Ut sane quis sit alicuius effectus causa et ei ille effectus imputetur, requiritur et sufficit ut ab ipsius actione effectus procedat; non requiritur ut ab ipso solo possit effectus procedere. Confirmatur; quia secus, ubi est iniustorum suffragiorum excessus, nemo erit, cui determinate imponi possit obligatio restituendi, cum quilibet eo pacto se posset excusare.

Obiicit sibi Lugo disp. 19. n. 19. non tanti aestimari nec valere damnum rei, quae statim ab alio destruenda est: ergo non teneris nisi ad modicam restitutionem, quando scis et communiter scitur, alios suf-

fragium laturos contra illum. Respondet autem, « negandum esse antecedens, quando, te non manente obligato ad restituendum, sequitur proximum amittere spem restitutionis pro damno accepto, sicut sequeretur in hoc casu; quia si tu, qui damnum dedisti, non teneris, minus tenebuntur alii posteriores, qui damnum iam illatum invenerunt atque adeo proximus fraudaretur spe, quam moraliter habet ad compensationem sibi faciendam. »

Dices: cur non potius omnes iniuste suffragatores ad reparationem damni obligantur sive in solidum sive pro rata? Respondeo id minus aequum statim apparere, si palam suffragiis ex ordine latis, quis accedat numero iam sufficienti et irrevocabili. Quomodo enim huic persuadebis eum esse causam efficacem damni, quod ante suam actionem vidit iam plene exsistens et ipse impedire nequivit? Iam vero ad efficaciam damni quod spectat, tantundem est sive ipse sciat, cum fert suffragium, sive nesciat, alia suffragia sufficientia praecessisse, dummodo praecesserint; ab ea enim notitia, habita vel non habita pendebit forte minor vel maior animi malitia, sed defectus eius notitiae ordinem realem non mutat, ad quem spectat causa efficax damni. *

146. Si vero dubium sit, an suffragium datum sit necne post sufficientia suffragia, verior videtur sententia Lugo disp. 19. n. 22., te teneri non quidem in solidum; quia dubium intervenit, an totum damnum causaveris, sed ad partem pro ratione et mensura dubii. Ratio secundae partis est; quia tu saltem effecisti, ut, ob excedentem numerum suffragiorum, non sint certi omnes qui in solidum teneantur, prouti contingit cum tot solum exstant suffragia, quot necessaria sunt. Impedivisti ergo saltem restitutionem ab aliis faciendam. Cf. s. Alph. n. 566. Ceterum qui priores fuerunt in dando suffragio et iniustum suffragium dederunt, ii certo sciunt se teneri: sed quoad alios cum constet et excessum esse in suffragiis iniustis et dissidentia fuisse suffragia, dubitari possunt singuli eorum an suffragia favorabilia fuerint ante ipsos an post ipsos lata, seu an suffragia iniusta sufficientia fuerint ante ipsos lata necne et sic an reipsa expleverint ipsi numerum suffragiorum, quae damnum intulerunt.

147. Cum de consentiente agitur, quaestio fieri solet quae per se potius ad *mutum* vel *non obstantem* pertineret; an scilicet ad reparationem damni teneatur etiam ille qui, cum posset, suffragium non tulit, unde contingat quod iniusta suffragia praevaleant.

Lugo disp. 19. n. 61. distinguit inter eum, qui ius suffragii ferendi obtinet in favorem et gratiam sui, ut e. gr. in quibusdam religiosis ordinibus, ut subditi ad studia exardescant, conceditur iis, qui tot annos theologiam docuerint, ius sedendi in capitulo provinciali et eum, cui ius suffragii competit ratione officii, quod gerit, propter bonum commune, ad

quod procurandum illud officium est ipsi impositum, cuius officii proprium est quoque ferre suffragia.

Iam si de priore quaestio fit, is non tenetur ex iustitia uti sua facultate et potest abesse a congregatione, quin ullum subeat restitutionis onus; quamvis contra caritatem identidem peccare possit. Ratio est, quia cum solum in gratiam sui illud ius sit ei collatum, nemini iniuriam facit si eo non utitur; e contrario integrum est cuique renunciare seu non uti privilegio suo.

In posteriori autem hypothesi abstinens a suffragio peccat et ad resarciendum damnum tenetur; propter officium enim quod suscepit, tenetur ex iustitia bono communi et singulorum, cum eorum causae aguntur, consulere. Ita plures apud Lugo l. c. n. 60.

Id vero intelligendum est valere *ordinarie* et *regulariter;* nam excipere licet cum eodem Lugo nonnullos casus, scilicet

1° Quando ex absentia vel abstinentia alicuius non magnum timetur inconveniens; quatenus satis provideri posse per alios rectae suffragationi quis sibi merito persuadeat.

2° Si quis iustam habet causam abstinendi seu legitimum impedimentum, infirmitatem e. g., occupationem magni momenti, absentiam a civitate etc. Quae causa latitudinem accipit et in aliis maior, in aliis minor esse potest; nam maior causa exigitur in iudice in causa praesertim criminali, quam in canonico pro causa capitulari.

3° Cum quis certo praevidet se praesente et suffragante adhuc rem concludendam esse contra iustitiam neque ad aliud praesentiam suam profuturam, quam ut odium sibi conciliet et rixae excitentur. Aliter dicendum, si spes sit aliqua impediendi malum, si eo contradicente locus esse possit instaurationi consultationis novoque studio, saltem si prohiberi possit ne similes iniquae causae rursus agantur.

Et quidem recte monet idem theologus, cavendum esse ne quis, ob timorem, sibi illudat, putans inutilem fore diligentiam suam; quia non raro fit, ut ex unius sententia ingenue et libere prolata multi moveantur et a praeconcepta sententia discedant, multi quoque pusillanimes, qui ceteris, propter metum, consentiunt, si quem videant pro iustitia aperte et impavide pugnare, eum fidentiores facti sequantur. Idem ibid. nn. 66. 67. 68.

148. * Comparatione facta inter eos, qui iniustum dant suffragium et eos, qui a suffragio abstinent, patet quod identidem et illi, qui suffragio suo accedunt suffragiis iam sufficientibus ad damnum, obnoxii esse possunt obligationi resarciendi damni et quod utrique huiusmodi classi hominum incumbere potest onus reparandi damni ab alterutra illati. Fac enim synedrium deputatorum nationis, quingentis constans viris, agere

de sententia contra aliquem iniusta ferenda vel de lege iniqua statuenda. Adventante die, quo sententia aut lex irrevocabiliter acceptanda vel reiicienda est, 100. deputati, absque legitima causa, ob metum vel ignaviam, absunt: ex praesentibus 240. tuentur manifeste iniquitatem suoque firmant suffragio: reliqui 160., si interfuissent 100. illi absentes, horum suffragio freti se opposuissent prioribus et causam vicissent (260.); sed, cum se videant derelictos et inter praesentes iam pluribus suffragiis malum esse firmatum, ne perperam contra se provocent iram dominantium, accedunt, utique iniuste, suffragiis iniquis. Exinde vero fit, ut, cum 400. suffragiis iniustitia fuerit sancita, qui abfuerunt, immunes se prorsus credant ab obligatione resarciendi damni; aiunt enim: etiamsi interfuissemus, suffragium nostrum pro iustitia effecisset nihil, obstantibus 400. votis.

Habes 1° quod absentes causa sunt cur iniquitas praevaluerit; tenentur proinde ad reparationem damni: 2° quod illi 160., quamvis accesserint suffragiis inter praesentes sufficientibus, causa tamen et ipsi sunt, cur qui abfuerunt, se censeant immunes ab obligatione restitutionis, quod illis profecto nocet qui damnum sunt passi, qui proinde merito ab iisdem exigunt damni reparationem, dummodo illi suffragatores in confuso saltem praeviderint, quid ex suo suffragio probabiliter consequi posset. Ita cl. Lehmkukl. v. 1. n. 1007. *

XXXVI. 4. Item palpo, ut qui laude, adulatione vel exprobratione ignaviae aliterve alium ad damnum inferendum excitat, animat. Less. Fill. l. c.

149. Palpo h. e. Adulator heic intelligitur, qui laudibus, tum etiam vituperiis seu exprobrationibus inducit alium ad damnum inferendum. Utique cum iniquum facinus, quod fieri ab alio potest, laudibus extollitur, cum vituperia et exprobrationes proferuntur, eo quod non fecerit, requiritur, ut adulator advertat se causam ponere damni futuri, quamvis illud non intendat. S. Alph. n. 567. Intentio autem damni certe adest, cum laudes adulator alteri pollicetur et gloriam, si faciat, vituperium et dedecus minatur, nisi faciat atque nihil tunc differt adulator a consulente. Absente hac intentione, cum tamen laudes iniqui facinoris vel irrisiones boni inducere soleant homines ad malum non secus ac consilia; adulator, ad cooperationem quod spectat, aequiparatur consulenti, ut iisdem legibus ad restitutionem teneatur, quibus consulens.

Ad adulationis crimen redit, cum quis alteri iniuriam olim acceptam in mentem revocat vivisque pingit coloribus, ita ut illius animus vindictae propositum concipiat; dummodo tamen hic veteris memoriae restitutor adverterit, quid ex ea esset probabiliter conseculurum. Potest enim aliis de causis haec memoria instaurari, puta ut iniqui malitia reprobetur vel ne alter ei amplius fidat.

Quemadmodum adulator causa esse potest, cur damnum fiat; ita causa esse potest, cur damnum illatum non reparetur, etiamsi damni causa non fuerit, ut cum laus et approbatio actionem sequitur, ita ut damnificator a voluntate reparandi retrahatur. Sed hic non est nisi specialis casus damni, quod ex adulatione sequitur.

XXXVII. 5. Item qui inferenti damnum praebet recursum, illum receptat, illius furta aut instrumenta occultat, vel ea emendo rapinas fovet etc. ibid. Hi enim omnes, uti et is, cui res furtivae traditae sunt in custodiam, tenentur (non manifestato fure) restituere domino. Et sic peccare eos, qui a sartoribus emunt fragmenta panni, seu vestium, docet Villalob. apud Dian. p. 4. tr. 4. r. 176. licet ibid. Sanch. excuset eos, qui ista emunt a sartoribus magistris; eo quod his plerumque detrahatur plus a iusta mercede, quam mereantur ista fragmenta, ideoque licite ea retineant. Neque hic a peccato excusari caupones, qui a filiisfamilias acceptant pecunias aliasve res parentibus surreptas, notat Laym. lib. 3. t. 2. c. 5. Bonac. etc. Qui vero post delictum ipsum reum iuvat ad fugiendum (non concurrendo ad delictum) non tenetur restituere, modo non det illi spem refugii in posterum; tum quia non est causa damni, tum quia reo licet fugere, ut infra dicetur de Praecep. particularibus.

150. Recursus heic reapse est receptio, quae generatim inducit obligationem restitutionis, quando influit in damnum inferendum: v. gr. cum quis furem recipiendo, praedam servando vel occultando, securitatem praebendo, efficit ut fur animosior fiat vel animos sumat ad damnum inferendum, vel retinendum ablatum. Lugo disp. 19. n. 71. Qui proinde praestando recursum non est causa furti neque omissae restitutionis, neque iterum furandi, non censetur inter cooperatores nec ad ullam restitutionem tenetur.

Item qui receptat furem, non quatenus furem, sed quatenus amicum tantummodo aut cognatum, vel ratione solum officii, ut stabularius, etsi eum recipiat ante delictum, non censetur hoc ipso cooperator et receptans, qualis heic intelligitur.

151. Huc, ait Lugo l. c., pertinet advocatus vel alius quilibet, qui furem aut homicidam defendit et excusat aut defensurum se promittit, quo fiat, ut vel restitutio impediatur vel ansa futuris delictis praebeatur. In illis tamen casibus, in quibus reus potest se licite defendere, possunt et alii ipsum adiuvare, e. gr. si crimen non satis constet, potest rei defensionem advocatus suscipere, quemadmodum reus potest negare crimen et licet praevideatur occasione absolutionis in iudicio latae furem postea non restituturum, id non impedit advocatum ab officio defensionis; quia id sequitur per accidens et praeter intentionem adiuvantis in causa iusta. Deberet tamen advocatus, qui crimen novit, ex caritate procurare ut fur restituat; ex iustitia tamen ad id non tenetur, cum utatur iure suo consulendo furi id solum, quod ipse fur licite facere potest et ad hoc solum illum adiuvet, quin causa sit omissae restitutionis. Cf. Lug. l. c.

152. Quod A. dicit custodem rei furtivae debere eam non furi, sed domino restituere, intellige, quando ille non timeat sibi grave damnum a fure. Secus posset furi reddere, prout dicemus de eo, qui emit rem furtivam.

153. A. ait excusare Sanchez a restitutione eos, qui panni fragmenta emunt a sartoribus; eo quod his plerumque detrahatur plus a iusta mercede, quam mereantur ista fragmenta, quae proinde a sartoribus licite retinentur. S. Alph. vero intra parenthesim subdit, se non acquiescere huic doctrinae; quia censet potius plerumque contrarium accidere. « Communiter tamen, ait, nisi contraria indicia urgeant, sartor non praesumitur fraudasse ». Itaque ex circumstantiis res erit iudicanda.

154. Quod spectat ad caupones, monet Lugo l. c. n. 76., licere eis ad se servandos indemnes acceptas res ipsis filiis reddere, ut compensatio fiat, quae eis debetur, licere autem in iis casibus, in quibus dicitur posse reddi res empta furi ad recuperandum pretium.

155. Porro gravis metus aut vis illata excusat receptatores a cooperatione formali et a restitutione. Nam receptio non est quid per se intrinsece malum, sed indifferens: quod quamvis ex malitia furis sit nexum cum peccato et damno proximi, potest admitti, cum iusta causa est permittendi illud malum. Lug. ibid. n. 74.

XXXVIII. 6. Item participans de praeda aut quoquo modo cooperans, ut agens excubias, applicans scalas, parans instrumenta, conficiens litteras etc. in bello iniquo tormenta advehens etc. Excusantur tamen (modo actio per se non sit mala) qui ea non sponte, sed iusto metu coacti faciunt, v. gr. cum rustici, furto a solis militibus facto, coguntur eorum praedas avehere, vel pecora abigere. Less. l. 5. n. 19.

156. Participans ille est, qui vel partem rei ablatae obtinet vel socius est et adiutor in actione iniustae acceptionis aut damnificationis. Si solum participat de praeda iam sublata, debet restituere ratione rei acceptae nec ad aliud tenetur.

* Heic proprie agitur de participante in ipsa actione iniusta. Re generaliter spectata et ii cooperatores, de quibus hactenus locuti sumus, mandans, consulens, consentiens, adulator, receptans participes dici possunt iniustae actionis, quemadmodum sunt cooperatores; cooperantur autem (si consentientem excipias) actu praevertente actionem realiter damnificatricem: sunt vero et alii, qui ipsi actionis exsecutori cooperantur; hi porro sub nomine speciali veniunt participantium.

157. Quod participans in inferendo damno, sit obnoxius restitutioni, nulla quaestio est: sed quia non uniusmodi est participatio; quidam enim plus, quidam minus opere suo conferunt ad effectum, quidam ex toto, quidam ex parte, unde neque omnes ad restituendum tantundem tenentur: idcirco definire oportet quantus singulorum influxus fuerit.

Hinc factum est, ut hoc in loco DD. theoriam tradant de totalitate et partialitate causae; quam proinde et nos referemus, advertentes quod ea ad omnes participantes extendi debet.

158. Agitur de causis concurrentibus ad unum producendum effectum.

1° Potest esse causa, cuius actio sive moralis sive physica sit in suo genere ex se sola sufficiens ad determinandum effectum, qui ponitur, ita ut totus effectus eius sufficienti actioni respondeat; haec est causa totalis totalitate causae: sic mandans efficaciter et exsequens quod mandatum est, ambo in suo genere sunt causae totaliter effectus et totum damnum singulis imputatur.

2° Item potest esse causa, cuius actio, licet per se solam insufficiens, concurrens tamen cum alia simili, determinat exsistentiam effectus, quem, negato concursu, impedire potuisset, ne fieret: haec est causa totius effectus et ideo causa totalis, totalitate non causae sed effectus. Ita si quis adiuvat furem ad auferendam arcam, quam neuter solus ferre posset, uterque tum conatu suo, quo nititur, tum quatenus alterum adiuvat, causa est totius effectus; quia absque eius ope nullus fuisset effectus. Nec refert quod si tu auxilium non feras, alii forte essent auxiliaturi; comparatio est enim facienda inter eas causas, quae actu agunt, non quae agere possent et effectus spectandus est, prout actu fit, non prout fieri potuisset.

Si ergo influxus causae talis sit, ut eo posito effectus sequatur, eo non posito, stantibus etiam aliis causis, quae actu intercedunt, puta iussione, consilio, adulatione, non fieret, illi causae totum damnum imputabitur, utpote causae totali.

3° E contrario si causa concurrens talis sit, ut neque eius actio sit per se solam sufficiens ad effectum neque valeat, negato concursu, impedire effectum, qui ab aliis causis concurrentibus ponitur: haec causa, licet concurrens influat actu in totum effectum, non est tamen eius causa totaliter, sed partialiter neque ipsi totum damnum imputabitur. Sic si consilium tale sit ut quamvis quadantenus moveat, propter ipsum solum tamen res non fieret et eo quoque consilio non dato, nulla alia causa addita, fieret sive quia iam alia consilia influunt, sive quia exsecutor etiam absque alterius consilio paratus erat rem facere; consilium fuit solum causa partialiter effectus si reapse vel leviter influit in effectum, qui, quamvis totus, est ab eo tamen partialiter neque talis consiliarius tenetur ad integrum damnum compensandum. Ita Lugo disp. 19. nn. 82-86. Quae quidem theoretice certa videntur: in praxi tamen non raro difficultas occurret quoad postremum: difficile erit scilicet identidem definire, an causalitas, quae certe non est totalis, fuerit partialis an nulla, fuerit gravis an levis. *

XXXIX. 7. Item tenentur causae, quae privative ad damnum alterius concurrunt: nimirum mutus sive non clamans, cum potest: aut non obstans, non manifestans, sed tunc tantum, quando tales ex aliquo pacto vel officio vel stipendio etc. tenentur ex iustitia damnum cavere. S. Th. 2. 2. q. 62. a. 7. Sic Princeps, Magistratus, belli Dux tenentur ad restitutionem damnorum, quae a feris, latronibus, militibus, ob ipsorum culpabilem negligentiam, dantur. Item consiliarii, canonici tacentes, absentantes se, non impedientes iniquam constitutionem, vel electionem. Item tutores, administratores bonorum etc. non impedientes damna pupillis, minoribus, ecclesiis provenientia. Item custodes montium, vinearum, silvarum, agrorum, piscinarum, qui damna non impediunt, vel facta non manifestant. Mol. d. 116. Fill. v. 32. c. 3. q. 12. vide supra de 4. Praecepto. Item Principes et domini Territoriorum, si sciant vias publicas infestari praedonibus et, cum possint, non impediant, tenentur mercatoribus et ceteris viatoribus damna, quae ab istis accipiunt, compensare. Dian. p. 8. t. 7. r. 38.

159. *Mutus* dicitur, qui ante damnum illatum, non monet, non clamat, non impedit.

Non obstans, qui, dum infertur damnum, non prohibet, non defendit, non custodit rem.

Non manifestans, qui post illatum damnum, non admonet, non revelat.

Hi omnes, nisi teneantur ex contractu vel officio, peccant contra caritatem, si possint sine gravi incommodo loqui, obstare, manifestare: si vero teneantur ex contractu aut officio, peccant contra iustitiam et in hac sola hypothesi tenentur ad damni reparationem.

160. Hinc 1° custodes nemorum, vineae etc. non impedientes aut non deferentes eos, qui damna inferunt, tenentur compensare damna; nam ad id opus sunt conducti, quocirca id debent ex officio. Et quidem tenentur primo loco, si ii, qui damnum inferunt, non teneantur ad restitutionem, sed solum ad leges poenales.

Idem dicendum de iis praepositis, qui permittunt defraudari gabellas. Non tamen ipsi tenentur restituere poenales mulctas aut pretium, quod receperunt, ut permitterent. Hi scilicet tenentur restituere principi quantum minus habuit gabellae propter eorum dissimulationem vel negligentiam, non vero quantum minus lucratus est propter poenales taxas, quae ipsi fuissent applicatae ex denuntiationibus, quas potuissent illi facere et non fecerunt. Quia ipsi non ordinantur directe ad locupletandum principem ex lucro poenarum, sed ad exigendas gabellas. Ita Lugo disp. 37. n. 102. Gury §. 693. q. 7. ut idem neget, contentus est provocare ad praxim contrariam.

2° Ille, qui novit alium suo nomine abuti ad damnum inferendum et tacet, sciens silentium suum animos addere damnificatori, restituere debet; silentium enim eius est causa damni.

3° Si ego, absque fraude aut vi, impedio te a prohibendo damno alterius, non plus teneor ad restitutionem, quam tu tenereris, si malitiose omisisses impedire illud.

4° Si fur tibi quid donat, ut taceas: si quidem illud est furtivum, debes domino restituere: si vero res est furis, potes retinere; quia post opus, etiam turpe, impletum, potest pretium retineri, ut dicemus *de Contractibus in genere.*

5° Qui interroganti mentiens respondet tutam esse viam, quam scit a latronibus infestari, tenetur compensare; quia est iniusta causa damni. Licet enim non teneatur ex iustitia, sed solum ex caritate indicare latrones, at ex iustitia tenetur non inducere per mendacia seu fraudem alios in perniciem.

161. Quod attinet ad famulos, isti 1. non tenentur restituere, si taceant vel non obstent, dum vident alios confamulos furari, nisi is, cui commissa specialiter foret rei custodia. Ita communiter.

Ratio est, inquit Lessius l. 2. c. 13. n. 75., quia non hoc ipso quod quis alteri famulatur, tenetur ex iustitia eius res custodire, saltem contra domesticos; ad hoc enim non censetur se obligasse nisi is, cui speciatim cura commissa sit.

« Fatentur omnes, ait Lugo disp. 19. n. 105., non teneri (famulum ad restitutionem), quando furtum ab alio famulo domestico fieri videt, nisi ei cura et custodia speciali munere commissa sit ». Opposita ergo opinio habenda est ut alicuius recentioris anomalia. Haec autem Lugo quoad praxim subdit: « Teneretur etiam famulus, quando ei datur clavis ad extrahendum aliquid de aliquo loco; quia pro tunc custodia eius loci ipsi demandatur. Tenentur etiam, qui penus curam habent vel ad custodiam et vigilantiam supra res domesticas vel familias praeficiuntur ».

At si fur sit extraneus (addit Lugo, et domesticus, quem scis furari velle et dein fugere): communior sententia et probabilior est, ait s. Alph. n. 344., teneri ex iustitia famulos impedire et nisi faciant, restituere. Ratio est, ait Lessius, quia id est in communi gentium sensu positum, ut ipsa ratione famulatus censeantur ad hoc obligati. Quod profecto non est evidens; nam aliud est servitiis domesticis vacare, aliud vi repellere aggressores, ut ad illud possint se ex contractu obligare famuli, quin se obligent ad hoc. Oporteret famulos sane hanc ex iustitia obligationem nosse, ut ad restitutionem obligarentur. Neque satis est evidens discrimen inter furtum domestici aut extranei, si ipsa ratio famulatus infert hanc obligationem.

Lugo quidem disp. cit. n. 106. allegatis Soto, Navarro et Lessio, ait sententiam affirmantem istam obligationem videri sibi veriorem: attamen non dissimulat oppositae totidem adhaesisse, Molina nempe, Rebellum, Azor, Bonacina. Gury quoque non audet id tanquam certum affirmare. Idcirco confessarius ab urgenda restitutionis obligatione abstinere debet.

162. * Quaerit Lugo l. c. n. 100. an qui non ex iustitia sed ex caritate

solum impedire tenetur damnum alterius, non impedivit autem ex odio et desiderio ut damnum sequeretur, teneatur ad restitutionem. Negari id ait a Molina, Lessio, Vasquez; quia affectus ille internus non facit quod sis causa damni, cum vere non influas. Quae ratio, ait Lugo, licet in nostris principiis videri possit parum efficax (cf. data n. 115.): in hoc casu tamen valet; « quia ille, qui non influit ullo modo positive, sed solum negative, vere et in rigore non est causa nec influit ». Iam vero « licet proximus habeat ius iustitiae, ut ego non procurem eius damnum etiam per causas remotas et ideo peccem contra iustitiam, quando ex intentione pono causam etiam remote et per accidens influentem (quae est doctrina superius a Lugo tradita cf. n. 115.); non tamen habet ius iustitiae, ut ego, sine alio debito ex officio vel contractu, procurem eius bonum positive; satisfacio enim toti eius iuri, dum non procuro eius malum: permittere autem ex tali fine (desiderio mali) non est in rigore procurare ».*

XL. 8. Supradicti non tenentur ad restitutionem, quando non fuerunt causa efficax damni: ut v. gr. si fur homicida non fuit efficaciter motus mandato, consilio alterius, sed nihilominus absolute erat facturus. Item, si v. gr. in Capitulo alii ante te dederint suffragium, ita ut videas, te nihil impetraturum, etsi neges; tunc enim non teneris restituere, licet pecces, pro qualitate damni, addendo tuum, vel mandando, consulendo etc. Bon. l. c.

163. Adverte A. dicere non teneri te restituere etc., quando ipse exsecutor absolute erat facturus. At si tu revera impulisti, non ideo excusaris; eo quod alius tertius, si tu non impulisset, impulsurus erat. Hoc enim non impedit quominus tu reipsa causa damni exstiteris Cf. s. Alph. n. 562 in fin.

Huc revoca, si duo simul consilio suo moverint efficaciter ad damnum; uterque enim tenetur, ut habet Lugo disp. 19. nn. 5.-8. et Gury §. 680. 3. Utrum singuli in solidum an ex parte, dicemus suo loco.

* Praestat tamen nunc advertere cum Lugo l. c. conditionem quandam causae moralis. Sive enim neges sive affirmes, concurrere posse duas causas physicas adaequatas, id in causis moralibus concedendum est. Utique si duo latrones incendant segetes, alter ex una, alter ex alia parte, quamvis ignis ab alterutro excitatus satis sit ad universas segetes delendas, reapse tamen cum alterutrius ignis actio procedens, tandem reperiat partem segetum iam ab alio destructam, neutra causa actu influit in totum effectum: neutra proinde est causa totalis, sed partialis atque haec est ratio solutionis probabilis Gury n. 697. q. 4. At in causis moralibus fieri certe potest, ut multiplici causa morali eiusdem ordinis agente, singulae causae sint totales. Petrus medicus ex Germania accersitus Romam a duobus seiunctim advocantibus, movetur efficaciter ab

utriusque vocatione, non tantum quia alterutra vocatio sufficiens est ad eum movendum, sed quia reapse utraque movet; eo quod medicus utrumque finem sibi seorsum praestituit, singulis opem suam praestandi: utraque proinde movet non secus ac si esset sola et utraque est causa totalis. Eodem pacto duo consiliatores possunt tale de eodem facinore consilium alicui dare, ut utriusque consilium et efficax sit et influat haud secus ac si esset solum. Idem dic de mandato aut adulatione.

Quapropter utique ut quis ad restitutionem teneatur, oportet ut eius actio influxum habuerit in illud damnum, quod ab eo reparandum esse dicitur: fieri tamen potest ut vere influxus eius fuerit totalis; quamvis cum eo alia causa sufficientem influxum in eodem ordine ad eundem posuerit effectum. Quocirca recipi nequit universim principium: non teneri ad restitutionem, qui ita concurrit ad damnum ut sine eius concursu damnum adhuc ab his, quibuscum concurrit, factum fuisset atque haec est ratio alterius solutionis Gury §. 680. 3.*

164. Quod A. ait te peccare, addendo tuum suffragium etc., non est evidens. Nisi enim adsit scandali peccatum, non apparet cur peccet saltem graviter, quando abstinens nihil obtineres, cum res iam confecta sit: actio autem, ex sola vitandi damni necessitate, videatur mala. Verum forte A. loquitur de consensu animi in iniustam actionem.

XLI. 9. Probabile est, non teneri supradictos, si non sit moraliter certum, eorum mandatum, consilium efficaciter induxisse; quia in dubio melior est conditio possidentis, praesertim circa materiam iustitiae. Less. t. 3. d. 4. Bon. q. 2. p. 4. Dian. t. 5. misc. r. 64. Tann. 2. 2. d. 4. q. 6. d. 14.

165. In dubio an cooperatus reipsa sis ad damnum, non teneris restituere; quia melior est conditio possidentis.

Ergo 1° qui dubitat, an qui consilium vel mandatum accepit, reipsa furatus sit, nondum tenetur restituere. Ita Croix l. 3. p. 2. n. 574. et hanc sententiam dicit communem s. Alph. n. 362. Item si exsecutor testetur se non motum fuisse consilio aut mandato tuo, ut ex aliis idem s. Doctor habet ibid.

2° Si scias furtum reipsa factum, sed dubium sit, an fur efficaciter motus consilio fuerit, Lugo disp. 19. n. 21. cum aliis apud Croix l. c. censet debere restituere vel totum vel saltem partem; quia delictum alterius (scil. quod ex sola sua malitia furatus sit) praesumi non debet et aliunde in foro externo furtum praesumitur ortum ex efficacia consilii. quae praesumptio etiam in foro interno locum habet, ut notavit Sanchez *de Matr*. l. 2. disp. 41. n. 17. Croix dicit id probabilius. At videtur res ex adiunctis decernenda. Si enim consilium revocasti, probabile est te non teneri, ut sup. diximus n. 139.: si vero non revocasti, dispiciendum erit an alter iam ex se paratus esset ad crimen et insuper an tu sis vir, cu-

ius consiliis deferre alius quidpiam soleat. Generatim tene cum s. Alph. n. 562., satis probabile esse, quod, stante hoc dubio, non tenearis nec ratio allata efficax est, ut ostendit ibid. s. Doctor. Qui et affert textum s. Thomae ex 2. 2. q. 62. a. 7. « In aliis casibus enumeratis non semper obligatur aliquis ad restituendum; non enim semper consilium vel adulatio vel aliquid huiusmodi est efficax causa rapinae. Unde tunc solum tenetur consiliator aut palpo... ad restitutionem, quando probabiliter aestimari potest, quod ex huiusmodi causis fuerit iniusta acceptio subsecuta ». Vocem *probabiliter* explicat s. Alph. cum docto p. Concina: « per τὸ *probabiliter* s. Doctor intelligit moralem persuasionem et certitudinem ». Ita scilicet ut probari possit factum. Porro ratio allata in casu analogo n. 146. heic non urget.

XLII. 10. Nec tenentur, si efficaciter tantum concurrant ad circumstantias et modum actus damnosi, v. gr. si quis tantum impellat alium, ut citius vel animosius, hoc vel illo loco vel modo noceat: vid. Laym. l. 2. f. s. t. 2. c. 5.

166. Supponitur damnum secuturum, etiamsi modum non doceas. Nam si doceres eum modum furandi, sine quo alter non furaretur, v. gr. si ostenderes ubi sit res, quod alius ignoraret etc., tunc tenereris; quia efficaciter concurris.

Fuerunt qui dicerent, teneri ad restitutionem illum, qui auctor est ut citius fiat damnum; quia, aiunt, alter potuisset serius animum mutare. Alii excusant, modo constet, alterum non mutaturum fuisse animum. Atque haec sententia, ut ait Lugo disp. 19. n. 15., tenenda, si consilium tuum non fuit absolutum, sed conditionatum ut cito faceret, si facere volebat; quia fur non est motus ad furtum, sed ad temporis mutationem. Secus vero dicendum, si consilium tuum contulit ad ipsam furti substantiam ponendam; quia nempe e. gr. spes erat impeditum iri furtum, si differretur.

XLIII. 11. Nec tenetur, qui deliberate volenti inferre magnum damnum suadet, ut minus eidem inferat, quia tunc utiliter alterius negotium gerit. Dico eidem; quia non licet impedire damnum unius cum iniuria alterius.

167. S. Alph. n. 565. ait non licere suadere malum quantocumque minus adversus aliam personam in particulari. Sed cf. dicta n. 143.

De hac materia vide tr. de Caritate a n. 297.

XLIV. 12. Non tenetur item (contra Navar. Ang. etc.) confessarius, etsi ex officio confessiones audiat, ut Parochus etc. si ex negligentia, vel ignorantia poenitentem non moneat aut non obliget ad restitutionem; quia, etsi ex officio teneatur bene instruere poenitentem, ideoque peccet graviter omittendo, quando est necessarium; non tamen ad hoc tenetur ex obligatione erga tertium, quasi ex iustitia debeat eius damnum cavere aut procurare, ut hoc ei compensetur. Secus tamen dicendum videtur, si positive restitutionem impediat ex malitia, imo etiam ex ignorantia crassa, vel culpa

lata; quia tunc consilio suo est causa efficax damni. Vid. Less. et Bon. d. 1. q. 2. II. Laym. l. 3. t. 4. c. 7. et infra *de Sacram Poenit.* ubi *de officio Confessarii.*

168. Quam dicit A. heic *ignorantiam crassam,* alii, ut Croix l. 6. p. 2. n. 1780., dicunt *ignorantiam vincibilem:* non bene; nam ignorantia graviter culpabilis supponenda est. Extra hypothesim enim gravis culpae, importabile onus imponeretur confessariis et aliunde ex levi culpa incurrere quis non debet grave damnum aut poenam. S. Alph. heic remittit ad tract. de Poenit. et nos ibidem uberiorem de hac re disputationem reiicimus.

169. Quaeri pariter potest, an superior teneatur reparare damnum a suis subordinatis illatum. Si ius civile romanum spectamus, id affirmandum in certis casibus (cf. *Instit.* lib. 4. tit. 5. et 8. Dig. l. 47. tit. 5.) item si ius gallicum et italicum. Nam illud art. 1384. et istud art. 1153. obligari volunt patrem (eoque deficiente matrem) pro filiis minoribus cum eo habitantibus, dominos et opus iniungentes pro domesticis et iis, quibus opus imponunt, institutores et artifices pro alumnis, dum manent sub eorum custodia: codex italicus addit tutores pro iis, quorum curam gerunt et quos apud se habent.

Monet tamen uterque codex l. c., consentiente quoque romano iure, eiusmodi obligationem sive in parentibus sive in praeceptoribus sive in artificibus cessare, quoties planum faciant, non fuisse in sua potestate illud impedire factum, de quo alioquin respondere pro conditione sua tenentur. Quod vero speciatim ad parentes attinet, praeter quam quod generatim respondere de filiorum debent factis, quae impedire potuerint: duplex disserte in iure romano casus exprimitur, in quo illos hoc onus premit, nimirum 1° quando iis praecipientibus filius quidpiam gesserit: 2° quoties gestum a filio negotium in eorum utilitatem seu lucrum cesserit. Cf. *Inst.* lib. 1. tit. 7.

In foro autem conscientiae tenetur superior, si silentium eius e. gr. ducis exercitus, aequivaleat positivo impulsui ad iniustum damnum inferendum. At si simpliciter non impedivit et agitur de damno illato extraneis, non tenetur superior ad restitutionem, etsi peccaverit forte contra caritatem; quia ipse erga illos ex debito iustitiae non obligatur. Si agitur vero de damno subditorum inspiciendum est, an superior sibi munus assumpserit ex debito iustitiae damna suorum subditorum impediendi et an in eo casu talis obligatio urgeat; nam qualitas superioris per se non sufficit, ut quis quasi sponsor constituatur de damnis subditorum, nisi ex speciali officio publico ad id deputetur, ait Gury n. 692. q. 3. et praeterea qui officio publico ad id obligatur, non obligatur in quolibet eventu; neque enim praetor, qui iurisdictionis exercitio tenetur ex iustitia bono communi consulere et iura subditorum tueri, tenetur etiam ex iustitia

districto gladio succurrere homini, in quem videt praeteriens impetum ab alio fieri; huiusmodi sane officium immediatum spectat ad alios. In qualibet autem hypothesi superior ad resarcienda damna non tenetur quoties ab eo abest culpa theologica.

Dub. III.

An singuli supradicti teneantur restituere in solidum et quo ordine.

XLV. Resp. Cum plures damnificantes vel seorsim singuli rem suam agere possint vel coniunctim atque alii aliis plus minusve in damnum influere: hinc ex tali ordine et mensura influxus ordo et mensura restitutionis desumenda est. Ita communiter Doct.

170. Obligatio restituendi in solidum est obligatio qua quis tenetur, restituendi seu reparandi totum damnum a pluribus illatum. Si unus damnum intulit, is unus resarcire totum debet: sed formula haec: *obligatio in solidum* adhiberi solet, cum plures una concurrunt.

Quoniam damnum passus ius non habet nisi ad unam integram restitutionem, nequeunt plures damnificatores obligari in solidum collective et absolute, sed disiunctive et conditionate; nempe si qui prius debet, si alii non solvant. Hinc quaestio de ordine: quis scilicet prior teneatur.

Ratio cur quis in solidum teneatur, est quia concursu suo fuit causa efficax totius damni. Id prae oculis habendum est, cum quaestio fit: an singuli ad damnum concurrentes teneantur in solidum. Singuli certe pro parte sua tenentur absolute: sed si quidam non solvant, alii eorum loco tenentur. Quaeritur quando urgeat talis obligatio.

171. Diversas in hac re sententias recitat Lugo disp. 19. nn. 78.-81.: sed solutio non est difficilis, cum generatim proponitur quaestio, si certa principia adhibeantur. Principium certum est: teneri quempiam ad id, cuius causa fuit ideoque, ut ait A., mensuram restitutionis desumendam esse ex mensura influxus. Quocirca certum est, non teneri ad totum, qui non fuerit aliquo modo causa totius damni.

Porro causa damni quis esse potest vel movendo alios (causa moralis) vel operando (causa physica), comprehensa etiam omissione.

Iam vero causa totius damni physica erit 1° si influit eo modo, ut totaliter ponat effectum: v. gr. si duo simul exploserint sclopetum vel stilo confoderint: 2° quando influxus eius non sufficit quidem ad totum effectum, attamen sine eius cooperatione effectus non fieret; licet enim singulae causae nequeant ponere effectum et damnum, possunt tamen singulae totum impedire, subtrahendo suum concursum, cf. n. 158. 3° Quando influxus physice quidem non sufficit, sed tamen moraliter de-

terminat alios ad concurrendum: v. gr. qui socios quaesivit ad asportandum furtum.

Quando quis causa est moralis, causa erit totius damni 1° si reapse alios moveat, puta mandato, consilio etc. ad totum damnum inferendum: 2° cum quis moraliter cum alio pariter moraliter agente concurrat, si eius influxus sufficiens per se sit ad effectum: veluti si duobus consulentibus, singula consilia sufficientia fuerint. Cf. n. 163.

Quando vero concursus sive physicus sive moralis sit talis, ut 1° non sit ad effectum sufficiens: 2° ut etiam sine eo, nulla alia accedente causa, effectus secuturus esset, profecto sic concurrens non potest censeri causa totius; nam vel totus effectus non respondet causalitati eius, vel non respondet totaliter. Ita si pluribus iam euntibus ad vastandum monasterium te socium adiungas et pro virili tua parte damnum inferas: ita si furi iam ad furandum prompto addas motivum leve, quod alias per se solum non valuisset, quo tamen fur simul cum aliis motivis movetur. Cf. n. 158. et quoad causam moralem, exceptionem n. 163.

Quod spectat ad ordinem restitutionis, dicemus sub resol. 3.

Unde resolvitur.

XLVI. 1. Si plures absque consensu, quisque per se seorsim et casu concurrant ad damnum, singuli non plus tenentur restituere, quam quod quisque per se damni intulit. Laym. l. 3. tr. 2. c. 6.

172. Res clara est.

XLVII. 2. Si plures cum consensu et se invicem iuvantes id fecerunt, singuli in solidum tenentur restituere totum damnum; quia singuli sunt causa totius damni, cum unus iuvet alterum et procedat ex confidentia, quam habet in auxilio aliorum. Unde si unus eorum restitutionem fecit, potest a reliquis, nimirum a principali totum aut, si is nolit, a reliquis pro rata singulorum repetere. Bonac. *de Rest.* d. 1. q. 2. p. II. ex Vasq. Mol. Fill. etc.

173. Sicut potest ille, qui restituit, repetere a reliquis cooperatoribus, ita isti tenentur, quisque pro rata, si tamen sint in suo ordine pares, qua de re mox.

Cur autem hi teneantur solum pro rata h. e. parte sua, restituere illi, qui iam totum restituit, facile intelligitur. Nam obligatio in solidum est respectu illius, qui iniuriam passus est, ut reparetur omnis iniuria illata, cuius singuli sunt causa et idcirco singuli erga iniuriam passum tenentur ad totum, ubi alii deficiant. Si ergo absit necessitas supplendi pro aliis ad servandum indemnem damnificatum; quia hic iam omne quod suum erat, recepit: desinit obligatio ad totum et cessat ratio supplendi pro aliis, ut si non omnes velint compensare illi qui totum restituit, aliquis cooperator debeat ei restituere etiam pro aliis. Nam hic non est causa,

cur ille, qui primus restituit, damnum hoc patiatur; quia non est causa cur alii non restituant. Habet utique qui primus restituit ius erga alios cooperatores pares, ut suppleant id, quod pro ipsis quoque dedit: sed ad hoc debitum singuli pro parte sua tenentur, non in solidum; nam heic deficit ratio obligationis in solidum, quae est causalitas totius damni.

* Aliter censet Lugo disp. 19. n. 138. cum Molina disp. 734. n. 6.; quorum ratio haec est. Quia si hic alter voluisset a principio restituere, debuisset aequa portione cum altero socio restituere partem suam et sociorum in eorum defectu: atqui, cum postea restituit, non minus obligatus est erga priorem restitutorem ac fuisset a principio: ergo debet nunc ei refundere excessum illum, in quo est laesus. Quae ratio non videtur efficax. Nam responderi potest ad *maiorem:* si alter voluisset a principio restituere, debuisset aequa portione restituere cum alio partem suam, *conc.* partem etiam sociorum aliorum in eorum defectu, *dist.* propter aliquam obligationem, quam haberet erga eum socium restituentem, *neg.:* propter obligationem in solidum erga damnificatum et quia, posito quod duo aeque obligati restituant, ratio ipsa dictat dividendum esse aequis portionibus debitum, *conc.* Proinde ad *minorem*: si postea restituit, non minus obligatus est, quam antea, erga priorem restitutorem, *dist.* quoad partem suam, *conc.* quoad partem aliorum, *nego suppositum.**

XLVIII. 3. Quod si actio damnificans fuit lucrativa et apud aliquem ex cooperatoribus res ablata adhuc exsistit, aut is eam mala fide absumpsit, tenetur is primo loco restituere ipsam vel aequivalens et si ille non faciat, reliqui. Less. l. 2. c. 13. d. 5.

XLIX. 4. Si actio damnificans non fuit lucrativa, ut quia res periit et destructa est, ut fit v. gr. in combustione, mutilatione, detractione, tunc ante alios primo tenetur restituere, qui mandavit, vel qui causa fuit primaria, vel exsecutor primarius, ut in bello Princeps et Dux, et si is non sit facturus, vel quia non vult vel quia non potest, tenentur reliqui, v gr. ceteri milites. Quod etsi de militibus speculative verum sit, practice tamen ii excusantur per accidens; tum quia non possunt totum restituere, tum quia dominorum voluntas non est nec exspectatio, ut plus restituant, quam partem suam; ideoque, si hanc possunt, ad id tenentur: uti et ii qui adhuc reliquum habent ex iniquo. Laym. l. 3. t. 2. c. 6. n. 5. ex Caiet. Mol. etc. Imo Bon. *de Rest.* d. 1. q. 2. p. 10. n. 13. ex Nav c. 17. Vasq. Less. d. 4. n. 37. dicit militem gregarium, qui alios non induxit, non teneri ad restitutionem totius damni illati a toto exercitu, sed tantum pro sua parte. V. supra in V. Praecept. *de Bello*.

174. In obligatione restitutionis ordo quidam frequenter occurrit, quatenus non raro contingit, ut quis *prior* debeat, alius *in defectu ipsius:* quis sit *causa principalis,* alius *secundaria.* Huius vero ordinis ratio habenda est. Etenim quando causa principalis vel qui prior debet, iam restituit, causae aliae ad nihil amplius tenentur. Ratio est; quia posteriores tenentur solum in defectu priorum, qui vel non possint vel nolint restituere; sicut enim non fuit eadem in damno inferendo causalitas, ita nec eadem est obligatio restitutionis. Si e contrario restituerint causae minus

principales et posterius obligatae, tunc causa principalis vel quae prius debebat, tenetur his compensationem refundere; quia haec per se, absolute obligatur, illae conditionate, in defectu ipsius. Quocirca si causa secundaria subit onus restitutionis, haec acquirit adversus principalem illud ius, quod contra eam habebat damnificatus: est scilicet in eadem conditione ac fideiussor, qui solvere debuerit pro debitore principali: quapropter uti posset occulta compensatione. Lug. disp. 19. nn. 115-116.

175. Iam si quaeratur quis sit ordo inter obligatos ad restitutionem, statuendum in primis est, quod ille prior prae ceteris tenetur, apud quem res exstat vel in se, vel in aequipollenti, si nempe factus est ditior. Ratio est, quia hic non solum tenetur ex iniusta acceptione seu damnificatione, sed etiam ex re accepta; qui titulus est potior, quia ius domini rem persequitur. Perinde vero est sive res in se ipsa exstet, sive in aequivalenti.

Idem porro dicendum, etiamsi rem iniuste consumpserit quin ditior evaserit; nam eam accipiens, se obligavit hoc ipso ad eam restituendam ante alios. Lug. l. c. nn. 119.-120.

Attamen si qui rem consumpsit, eam habuit a mandante veluti praemium vel quovis alio titulo, tunc primo loco tenetur mandans, utpote causa principalis, idque multo magis, si ille ad consumendam praedam vi, metu, fraude impulsus fuit. Ceterum id non semper evenit et si mandans non iussit rem consumi, sed solum permisit, tunc mandatarius in ea absumptione non est causa instrumentalis, sed principalis atque hoc pacto non est, cur ratione iniustae consumptionis non teneatur et ipse primo loco sicut causa principalis aeque ac alia; nam possunt esse plures causae aeque principales.

176. Seposita ergo hypothesi, quod res adhuc apud aliquem exstet. quaeritur quis prior teneatur. Sunt qui statuant hanc regulam generalem: primo loco teneri ad restitutionem causam physicam exsecutivam, quae sit in agendo principalis et non instrumentalis respectu alterius causae moralis. Cui regulae obiicit Lugo l. c. n. 124. exceptionem: nam si quis fraude suadet tibi furtum aut aliam actionem iniustam, tu non operaris presse ut instrumentum illius nec illius nomine, sed ut qui suasione ac precibus movetur, qui causa principalis est et tamen qui fraude te induxit ad iniustam actionem, tenetur primo loco restituere: quia ipse per iniuriam te coniecit in obligationem restitutionis adeoque tenetur te indemnem servare.

* Scilicet heic habemus duplicem iniuriam, tum erga damnificatum tum erga exsecutorem damnificationis, atque alteram iniuriam ab altera dependentem et habemus duplicem proinde actionem iniustam: sed regula proposita loquitur de una iniuria, de una actione iniusta, ad quam

plures concurrant atque ita oportuit ut loqueretur: nam cum quaeritur quis ex pluribus primo loco teneatur, id quaeritur respectu unius eiusdemque iniuriae, ad quam plures concurrunt. Cum ergo et ipse Lugo, seposito eo casu, probet hanc regulam, non est cur dubitemus eam amplecti. *

Haec tamen regula continetur sub ista alia: omnis causa principalis iniuriae illatae, sive una causa sit, sive multiplex, etiamsi sit tantum causa moralis, tenetur primo loco ante alias causas, quae se habent veluti instrumenta seu adiumenta ipsius.

Ad quam pone sequitur haec tertia: ceterae causae, quae non se habent altero ex his modis inter se neque ut principalis scilicet neque ut instrumentalis erga aliam, sunt aeque inter se principales seu pares in obligatione restitutionis et eodem loco tenentur. Cf. Lugo l. c. n. 123.

177. Restat ergo quaestio: quaenam dicenda sit causa principalis, quaenam instrumentalis, quaenam neutro modo se habens respectu alterius.

Ad id sequentia inservient. 1° Causa principalis moralis est *mandans:* et tunc causae exsecutrices non tenentur nisi in defectu eius. Sane cum mandans vult suo nomine rem agi, in se ipse totum onus suscipit. Idque valet, etsi mandans non sit superior mandatarii, dummodo hic ex solo illius iussu agat.

2° Si exsecutor agat tum alterius tum suo nomine, tenetur simul cum alio primo loco, quatenus agit suo nomine: tenetur secundo loco, quatenus est exsecutor.

3° Quod si exsecutor solo nomine suo agit, licet commune fuerit consilium, dum v. gr. exsecutor, sibi soli furatur: ipse solus tenetur primo loco et reliqui habentur uti adiutores, qui solum in defectu primi tenentur.

Hoc est contra nonnullos, qui docuerunt, inducentes aliquem, alias non furaturum, teneri ad aliquid restituendum simul cum ipso exsequente, vel ad resarciendum ei aliquid, si ille iam restituit. Sed communior et verior est sententia opposita; quia illae causae non sunt in eodem gradu cum exsequente nec damnum immediate intulerunt, nec iniuriam irrogaverunt furi, cum nec vi nec fraude impulerint, sed liberum reliquerint. Lugo disp. 19. n. 125. Idem dicendum, h. e. exsecutorem solum primo loco teneri, si adiutores quaesivit ad homicidium, quod solus ipse ictum infligendo patravit. Secus si nomine omnium peracta res fuerit. Croix n. 58. Clarius Lugo disp. 19. n. 125. et 139.

Quando plures simul aliquem aggrediuntur, ut eum occidant et unus solus illum percussit: distinguendum est, num omnium nomine res sit peracta, necne. Si enim omnium nomine caedes patrata sit, omnes erunt

causae principales. Quando vero non nomine omnium caedes fit, sed solum nomine exsequentis, qui adiutores quaesiverit, tunc *probabilius* solus percussor primo loco tenetur, ceteri autem secundo. Ratio, quia revera solus percussor fuit causa exsequens, reliqui autem solum fuerunt adiuvantes ut fieret, sicut et ii, qui scalam apponunt et adiuvant furem ut conscendat, ianuas aperiunt etc., qui tamen omnes non tenentur primo loco, sed in defectu furis, qui solus fuit causa exsequens. Sic in casu nostro nemo vere occidit, nisi percussor: reliqui adiuverunt, ut occideret. Quare nisi eorum nomine factum sit, non videntur in rigore teneri, nisi in defectum percussoris, qui solus fuit causa exsequens homicidium, licet alii etiam occidere conati sint et eo animo adiuverint, ut occideretur. Lugo disp. 19. n. 139.

4° Post causam principalem, sc. mandantem, tenetur exsecutor, licet alieno nomine egerit. Ratio, quia immediate et per se infert damnum: ergo hic debet ante eos, qui v. gr. instrumenta suppeditaverint, scalas tenuerint, vigilaverint etc.

5° Quoad consulentem, hic tenetur primus, si consilium ipsi soli est utile v. gr. si precibus obtinuit falsum testimonium: si vero sit utile solum exsecutori, exsecutor tenetur primus, consultor in defectu: si utrique pariter utile est, aeque primi censentur ambo pro rata et in solidum in defectu alterutrius.

6° Si plures communi consilio aliquid auferant, quisque primo loco tenetur quoad ea, quae ipse abstulit; secundo vero quoad ablata ab aliis. Ratio quia *prior* est, qui retinet.

Hoc valet, si lucrativa fuit actio. Si vero est mere damnosa, quisque primo loco tenetur pro rata suae causalitatis: secundo loco ad supplendum pro aliis, scilicet in solidum. Rata autem aequalis vel inaequalis esse potest inter cooperatores et duplici modo intelligi potest, scilicet 1° ex portione praedae, si inaequaliter erat dividenda: 2° ex inaequalitate influxus.

* Doctrina A. de obligatione militis gregarii satis certa est nec s. Alph. aliquid in ea notat et addit. Advertit Lugo disp. 19. n. 89. quod impotentia, in qua est miles, restituendi totum et pernicies, quae consequeretur eorum, qui passi sunt damnum, eo quod difficultas illa arceret militem a quavis restitutione et in desperationem iniiceret videntem se obligatum ad restituendum successive quidquid per totam vitam esset acquisiturus, ea inconvenientia gignunt in restitutione, ut probent non obligari singulos de rigore iustitiae ad totum damnum reparandum. Quia iustitia, cum sit virtus regulata a prudentia, non debet obligare cum inconvenientibus, quae afferant absurditatem.

Sed praeterea ostendit causam non esse cur iste miles ad totum te-

neatur. Nam licet is concurrat partialiter ad damna data ab aliis sociis, concurrit tamen ita, ut sine illo damna eadem a reliquo exercitu fierent; quamvis enim alii sine sociis et soli non inferrent damnum, inferrent tamen sine hoc socio, quem etiam plurimi ignorant: moventur singuli scilicet a praesenti exercitu in confuso apprehenso nec ita ab eo milite moventur ut ab eo solo moveantur. Habet proinde quilibet miles influxum partialem in reliqua damna adeo debilem, ut vix censeatur influere. Quamvis vero aliquis miles alios excitet ad praedam, haec excitatio generatim non admodum auget eius influxum; quia et sine illa alii idem agerent et communiter se solent milites exhortari ad actionem.

Etiam dux belli, nisi sit auctor belli aut sine quo bellum non fieret, licet ad plus teneatur, quam miles gregarius, propter maiorem influxum partialem, quem praestat ad totum damnum, non tamen videtur obligandus ad totum integre, ait idem Lugo.

Porro quaecumque sit obligatio militi imposita pro damno iniuste illato, supponitur semper in ipso culpa theologica: quocirca eadem doctrina valet sive pro milite qui se sponte offerat, sive pro eo, qui a suo principe sit conscriptus, quoties uterque culpabiliter concurrit ad damnum.*

7° Prius tenentur causae positivae quam negativae. Ratio, quia illae damnum inferunt, istae solum non impediunt. Praeterea negativae ad hoc tenebantur, ut caverent, ne damnum ab aliis inferretur; ergo satisfaciunt, si curent, ut reparetur ab aliis seu potius reparare non debent nisi damno facto sive non facta ab aliis restitutione. Hinc damnificatus non habet ius petendi reparationem ab his, sed prius a causis positivis debet petere.

8° Inter causas negativas ordinem nullum servandum nonnulli dixerunt: vid. Croix n. 63. Alii aliquem ordinem statuunt et merito. Sic si magistratus et oeconomus peccaverint negligentia sive in monendo rei custode, vel in accusando ipso custode et res dein pereat, prius tenebitur custos, quam oeconomus; quia magis et immediate hic influxit in damnum. Ita Lugo disp. 19. n. 133.

9° Causae positivae secundariae, uti consulens, consentiens, laudans, receptans, participans, cum non sint inter se subordinatae, aeque tenentur eodemque loco, plus tamen vel minus pro maiori aut minori influxu, si de rata agatur.

Regula solet haec tradi apud Lugo disp. 19. n. 123.: Ceterae causae, quae se non habent ut causa principalis aut physica aut naturalis, aeque principales sunt in obligatione restituendi et ideo omnes eodem loco tenentur. Lugo tamen habet utique ut verius ibid. n. 130., causas secundarias aeque immediate teneri, plus tamen vel minus quoad ratam pro minori vel maiori causalitate, si agatur de causis positivis inter se com-

paratis et quando una causa non subordinatur alteri nec agit mediante illa: uti v. gr. consultor non operatur per palponem aut per tenentem scalas. Tamen si una alteri subordinatur, videtur locus esse alicui ordini. Ita si quis iubet, ut alter consulat furtum, iubens tenetur ante consulentem: ita si consulis, ut alius roget vel consulat furtum, teneris post immediatum consulentem et generatim quo magis causa distat ab effectu, magis etiam distat ab restitutionis obligatione.

L. 5. Si damnum passus condonet restitutionem principali damnificanti, etiam minus principales liberantur, non autem vice versa: quia ruente principali, ruit accessorium, non contra. V. Laym. l. supra cit.

178. Duo notanda ex s. Alph. n. 581. Si creditor seu damnificatus, promittat alicui ex debitoribus aeque principalibus se illi molestiam non creaturum, censetur remittere partem illius, quam proinde nequit exigere ab aliis, qui tenentur in solidum: secus esset promissio frustranea.

179. Quando incertus quis est an principalis causa aut socii restituerint, inquirat, indiciis usus, quae indigitat Roncaglia tr. 13. c. 5. q. 6. Qui ait, putari posse illos non restituisse, 1° si adhuc perdite vivant et praesertim si adhuc pergant furari et damnificare: 2° si sciat, esse impotentes, quia vel valde pauperes sunt vel gravibus oneribus pressi et huiusmodi.

Porro si nullam causam habeat putandi eos non restituisse, ipse ad eorum partem non tenetur.

Ita Roncaglia et Salmanticenses apud eundem. S. Alph. tamen, si dubium sit an alii restituerint, non probat doctrinam eximentem illum a restitutione totius, n. 579.: forte quia obligatio certa possidet et pro rata saltem dubii vult restitui. Sed si nulla sit ratio putandi alios non restituisse, abstinere certe potest interea a restitutione pro illis.

Addit s. Alph. ibid. quod rudes, etsi teneatur in solidum, non expedit eis hanc obligationem aperire, quam non capiunt: praesumi autem posse damnificatos contentos esse quod ii partem suam restituant, ne, si obligentur ad totum, restituant nihil.

Dub. IV.

De restitutione ob bonum alterius impeditum.

LI. Resp. Attendendum, an laedatur ius alicuius, quod a natura, lege vel aliter habeat et an per vim, fraudem, calumniam et mendacia quis alium impedierit: num vero aliter.

180. Duplex est hypothesis, exsistentis videlicet vel non, iuris in re aut ad rem.

1° Si quis habeat ius in re aut ad rem, quisquis impediat, tenetur

compensare damna, etiamsi nulla intercesserit fraus aut iniustitia in modo impediendi, v. gr. si solum suasione aut precibus impediveris. 2° Si vero nullum sit ius in re aut ad rem, nulla est obligatio ex impedimento obiecto, nisi 3° ex parte modi sit iniustitia, scil. fraus, detractio, mendacium etc.

Ratio primi est, quia impediens est causa efficax, cur alter non obtineat suum aut quod sibi debebatur.

Ratio secundi est, quia nulla fit iniuria: et sicut si neget bonum principalis, ad nihil tenetur, sic neque impediens.

Hinc Laymann lib. 3. tr. 2. cap. 7. n. 2.: « Probabile est, quod neque contra iustitiam is peccet vel ad restitutionem teneatur, qui ecclesiastici beneficii collatorem iam determinatum ad alicui conferendum, suasione aut precibus eo perducit, ut sibi vel alteri etiam minus digno conferat. Excipe nisi ex praemisso examine et lege conferendi digniori, digniori deberetur; nam tunc fieret iniuria.

Ratio tertii est, quia quisque ius habet, ne inique impediatur a bono assequendo. Fit autem iniuria etiam benefactori, qui sic *invitus* cogitur non dare quod dare voluisset.

181. Quod secundo loco dictum est, valet etiamsi impedimentum ponatur ex male intentione h. e. affectu nocendi; nam obligatio restitutionis non oritur ex prava intentione nisi actio ipsa sit iniusta, aut saltem, si e sententia Lugo loqui velimus, sub ea prava intentione evadat iniusta.

S. Alph. n. 584. sententiam negantem teneri ad restitutionem, qui impedit alium a consecutione boni, ex odio, sed sine vi aut fraude, vocat communem et probabiliorem contra oppositam, quam Croix l. 3. p. 2. n. 148. tribuit Cardinali Lugo.

Verum duo advertenda. 1° Non adeo pauci sunt qui stant pro opposita sententia, quos et innuit s. Alph., qui idem videri sentire ait s. Thomam 2. 2. q. 62. c. 2. ad 4^{m}, ubi verbo tenus saltem haec doctrina traditur: tum ipse s. Alph. absolute vocat probabilem oppositam doctrinam.

2° Cardinalis Lugo reapse in hac quaestione non dissentit a sententia, quam s. Alph. vocat communem, etsi forte aliter argumentetur.

Sane disp. 18. n. 98., cum attulisset doctrinam Lessii, Vasquez, Molina etc., nempe non teneri ad restitutionem, si quis absque vi et fraude, licet ex odio et animo nocendi, impediat, ne quis heres instituatur, subiicit: « Ego doctrinam hanc in hoc casu veram existimo; non quidem eo quod nunquam animus nocendi alicui facere possit, quod sit contra iustitiam id, quod alias sine eo animo contra iustitiam non esset neque restituendi obligationem inferre; iam enim disp. 8. sect. 6. explicui, quomodo *aliquando* diversitas animi et intentionis nocendi multum possit ad hoc conferre. Quare ex ibi dictis regula haec statuenda est, ut quando posses

absque iniustitia velle *directe* illud nocumentum inferre, tunc intentio ei nocendi et affectus odii non transferet illud peccatum in speciem iniustitiae, nec afferet obligationem restituendi. Quando vero propter ius, quod proximus adhuc habet ad vitam vel ad bona sua, non potes licite velle *directe* proximum in iis bonis laedere, *aliquando* voluntas directa nocendi faciet esse contra iustitiam id, quod ex alio fine licite velle posses etiam praeviso periculo nocendi proximo. Cuius rationem esse diximus, quod ad iniuriam et obligationem restituendi requiritur, quod eius nocumentum a te procedat ut causa; ad rationem autem causae influentis multum refert intentio, qua aliquid fit determinate ad talem effectum, vel non ad hunc finem sed ad alium diversum ».

Iam vero cum absque vi et fraude impedis bonum alterius, ad quod ipse ius nullum habet, nocumentum infers, quod absque iniustitia posses velle directe: id vero si facias ex malo affectu, nondum actio tua est in specie iniustitiae nec te ad restitutionem obligat: ergo eo quod ex mala intentione impedis bonum alterius, ad quod hic ius nullum habet, non teneris restituere. Antecedens et consequens est a Lugo; consequens est sententia communis: ergo.

Resolves frequentes casus.

LII. 1. Qui alterum impedivit a consecutione rei debitae ex iustitia, tenetur ad restitutionem. Less. c. 12. dub. 18. Fill. t. 32. c. 3. q. 12. n. 72.

182. Clara est ex dictis.

LIII. 2. Si res non erat debita ex iustitia, sed conferenda ex libera voluntate, tunc qui sine vi, fraude et calumnia collatorem inducit, ut v. gr. officium vel legatum, beneficium Ecclesiasticum et similia dona gratuita non conferat, cui apud se constituerat aut qui petierat, sed vel nulli vel alteri etiam minus digno; etsi saepe is possit graviter peccare, praesertim si id ex odio vel alio malo fine faciat: non tamen tenetur ad restitutionem. Azor. 3. p. l 4. c. 9. Vasq. Sà, Bonac. p. 12.

LIV. 3. Si in re praedicta ex libera voluntate conferenda, aliquis per vim, fraudem vel calumniam collatorem induceret, ne ei daret, aut eum a petitione (cum quivis habeat ius petendi) aut a consecutione talis rei per vim, fraudem, calumniam vel mendacium impediret (cum etiam quivis ius habeat, ne inique impediatur), is tenetur ad compensationem damni arbitrio viri prudentis, iuxta certitudinem vel probabilitatem, qua alter tale bonum alioqui assecuturus fuisse existimaretur, dummodo tamen eo sit dignus; nam, si indignus est, non tenetur ad restitutionem, nisi famae, si eam forte laeserit. Less. l. 2. c. 12. d. 18. Mol. t. 1. d. 135. Sà v. *Restitutio* n. 221. V. Bon. l. c.

183. Si impedis ne Titius det eleemosynam pauperi, dicens mendaciter, eum non esse pauperem aut non dignum, teneris ad restitutionem, quia ius strictum habet, ne per mendacia iniuste fraudetur SPE et restitutio facienda iuxta spem.

Si 40. scutata distribuenda accipias certis pauperibus iuxta eorum in-

digentiam aut numerum familiae etc. et tu distribuas contra ex affectu tuo: peccas contra iustitiam et teneris ad restitutionem. Ratio est, quia dominus transtulerat ius in certos quosdam atque adeo iure debita erant illis pro certa mensura scutata. Hinc s. Thomas dicit talem esse actum iustitiae commutativae et non distributivae 2. 2. q. 62. art. 1 ad 3.: « Recompensatio, quam facit distribuens ei, cui dedit minus quam debuit, fit per comparationem rei ad rem, ut si quanto minus habuit quam debuit, tanto plus ei detur: et ideo iam pertinet ad iustitiam commutativam ».

Si inique alium impedis ne testamentum faciat, si v. gr. impedias ne accedat Notarius, si falsa narres et impellas ad testamentum revocandum, teneris ad restitutionem, ut patet ex dictis n. 180.

Qui alterum impedit a consecutione boni non quidem falsa narrando, sed occultum crimen revelando, graviter peccat etiam contra ius, quod ille habebat, ne per iniquam detractionem impediretur. Ergo detractor tenetur ad compensandum pro spe boni impediti.

Si Marcum invitas ad prandium et ludo vel alia re occupatum tenes in hunc finem, ut non possit curare negotia alterius, prouti debet ex officio vel contractu: fecisti fraudem (ut supponimus) et ideo teneris compensare.

Si vero Marcus sponte negotia illa gerebat et per fraudem distraxisti, itidem teneris ad restitutionem, quia scilicet affuit fraus.

Denique si Marcus consilium tuum pervidit, tunc non est fraus et peccas solum contra caritatem, nec ad reparationem teneris.

Idem dicendum, si quis non habens ius suffragii se intromittat, unde causet damnum alteri: per fraudem enim impedivit. Non sic tamen, si solum desit aliqua formalitas accidentalis, quae requiratur in ferente suffragium; suffragium enim est per se validum; etsi ad aliquam poenam possit deinde ille a iudice damnari: vid. Croix l. 3. p. 2. n. 79.

Mercator, qui fraudibus, vi, mendaciis impedit, ne ad civitatem aliae afferantur merces, ut carius ipse vendere possit, tenetur ad reparationem damni pro excessu pretii, tum ementibus, tum aliis mercatoribus impeditis. Secus si solum precibus obtineat, ut ad suam officinam veniant emptores. Idem dic de magistro, qui allicit discipulos, item de advocatis, medicis etc. modo absit fraus etc.

S. Alph. ait n. 582. censere Salmant. *de Contr.* cap. 3. n. 30., quod aequiparentur vi preces importunissimae aut metus reverentialis, maxime si ei addantur verba aspera, vel torvus aspectus etc.; quam sententiam referens absque ulla nota, probare videtur.

184. Quaestio his addi potest, quam Gury proponit §. 749.: ad quid teneantur sorte designati ad militiam, qui ab hac se subtrahunt, vel exemptionem sine veris causis obtinent. In primis si auctoritas politica eos

cogens est illegitima et iniusta, utuntur iure suo et cavere quidem debent ne mediis inhonestis utantur et ne sibi maius damnum creent, sed nulli iniuriam faciunt, quam compensare teneantur; si quid enim damni aliis obveniat, non iis est imputandum qui iure suo utuntur, sed potestati, quae cogit. Quamvis enim, quodcumque sit regimen, militia aliqua necessaria sit societati; at non necesse est, ut ad eam cives coacta conscriptione adlegentur et etiamsi hoc opus esset, nemo civium tenetur, nisi legitime vocetur ideoque a legitimo regimine.

Si legitima sit auctoritas et ratio conscribendi iusta aut non certe iniusta, peccant illi quidem contra iustitiam legalem et obedientiam debitam legi: sed peccant ne contra iustitiam commutativam, ut ad restitutionem teneantur erga sorte exemptos, in quos onus militiae recidit? Gury duas affert sententias. Prior dicit ad restitutionem teneri tum qui magistratus vel medicos corrumpunt, ut invalidi declarentur, tum qui mendaciis, fraudibus aut praevia sui mutilatione magistratus decipiunt. Et primum quidem affirmat ab omnibus dici, alterum communioris esse sententiae. Verum in hanc rem nullius est momenti discrimen inter utramque hypothesim. Perinde enim est sive ad militiam sorte designati per se soli fraudem moliantur, qua se inique subtrahant, sive fraudis socios medicos aut magistratus adhibeant. Ratio huius sententiae est, quia hi iniquis mediis utuntur ad excutiendum onus, quod in alios eosque exemptos recidit.

Altera sententia, quae, ut ait Gury, est *plurium* et, ipso auctore, *sat probabilis*, negat in secunda hypothesi obligationem restitutionis. Quia vero, ut advertimus, discrimen per se non est inter hanc et alteram hypothesim, quod in una valet et in altera valere debet. Porro ratio huius sententiae est, quia non constat, quod sorte exempti ius habeant strictum erga sorte designatos, ut hi ad militiam proficiscantur; omnis enim horum obligatio ex lege et iustitia legali orta est. Si autem sententia probabilis est ideoque non certa obligatio restitutionis, iniquum erit eam imponere.

Ceterum conscriptio, qualis certis in locis peragitur, pluribus laborat vitiis. Nam 1° non servat normam iustitiae distributivae; non enim omnes ex aequo familias attingit, sed solum eas, quae idoneos adolescentes habent: 2° plures, ultra quam necesse sit, conscribit: 3° atque ita ut agricultura, studia ac, quod peius est, ecclesiasticum Ministerium suis cultoribus careant, quod est detrimentum maximum societati. Multae ergo sunt causae, propter quas liceat se ab huius legis vexatione subducere certis in regionibus.

Dub. V.

Cui restituendum.

LV. Resp. Attendendum ad naturam iustitiae et quis damnum patiatur quidve ratio et leges ferant communiter. V. Less. et Laym. hic, c. 9.

185. A. dicit attendendum ad *naturam iustitiae*: scilicet natura iustitiae est, ut ius suum cuique reddatur ac laesum ius reparetur. Quid sibi velit, quod dicit de *legibus*, patebit ex resolutionibus.

Unde resolves.

LVI. 1. Quando bona restituenda sive debita quaecumque sunt incerta hoc est cum cui debeantur, ignoras aut adire non potes aut illi restituere, tunc si ea habeas sine delicto, ut si invenisti, vel a mercatore v. gr. per errorem accepisti duas ulnas panni pro una et iam is discessit nec scis, quo abierit, teneris adhibere aliquam diligentiam inquirendi: post quam, si spes non sit sciendi dominum, probabile est, quod non tenearis ea dare pauperibus (licet ita plerique cum s. Thomas sentiant et sit magis pium ac practice suadendum) sed possis tibi retinere, ut docet Petrus Navarrus, quem sequitur Laym. hic etc. Less. l. 2. c. 14. dub. 7. n. 48. idque Dian. p. 2. t. 3. misc. r. 5. dicit esse tutum in praxi. Si vero ea habeas ex delicto, ut furto, usura etc. teneris ea restituere pauperibus vel Ecclesiae, hospitali etc.; quia debet tunc fieri restitutio meliori modo, quo potest: ut saltem, cum corpori domini non prosit, prosit eius animae, dum in pauperes expenditur. Ita communiter Doctores, ut videbis apud Laym. hic.

186. Adverte diligentiam praemittendam, ut dominus inveniri possit; secus ea omissa, si dominus appareret, deberes ei restituere, ut eum indemnem serves; quemadmodum dicetur resol. 5.

Ratio cur retineri res possit, haec afferri solet, quia quando debita adhibita diligentia, dominus inveniri nequit, perinde est ac si res domino careret: ergo valent heic quae alias dicta sunt de bonis inventis. Utique restitutionem pretii usurarii faciendam esse pauperibus decrevit Alexander III. c. *Cum tu, de Usuris:* atque iisdem faciendam restitutionem eorum, quae quis occasione officii immerito suscepti acquisiverat, voluit Innocentius III. c. *Cum sit, de Iudaeis* adde et c. *Nemo qui rapit.* caus. 14. q. 5.: quae quidem leges, ex analogia, e DD. sententia, extenduntur ad quaevis bona iniuste acquisita atque id habet Ecclesiae praxis, ait Laymann *de Restit.* c. 9. n. 2. Sufficit autem si dentur locis piis, ut habet A. et s. Alph. n. 589. At quoad alia bona haud iniuste acquisita, nulla lex positiva, ut patet, neque lex naturalis id praecipit, ut ostendit Lessius l. 2. c. 14. nn. 36. 37. et sane ut diximus, perinde se habent ut bona inventa, quorum certe dominus exstat, sed non comparet. Hinc Laymann l. c. monet, quod seclusa lege positiva, quae bona iniuste acquisita, do-

mino exsistente incerto, vult restitui pauperibus, spectato solo iure naturali, etiam rem alienam iniuste acceptam si domino restitui nequit, probabile est, quod possessori liceat eam retinere veluti rem derelictam et citat Navarrum.

187. S. Thomas quidem 2. 2. q. 62. a. 5. ad 3. generatim loquens, quin distinguat inter acquisita cum vel sine delicto, docet, quod si ille, cui debet fieri restitutio, sit omnino ignotus, debet homo restituere secundum quod potest, scilicet dando in eleemosynas pro salute ipsius, sive sit mortuus, sive sit vivus, praemissa tamen diligenti inquisitione. Sed cum agitur de bonis absque delicto acquisitis haec sententia, prout necessitatem aliquam imponit (quam et Lugo habet ut veriorem, non negans alterius probabilitatem disp. 6. n. 139.) non tulit omnium DD. suffragium, qua de re praeter citatos videndus Diana tom. 8. tract. 7. resol. 23. 24. S. Alphonsus n. 589. non respuit probabilitatem, quam oppositae sententiae asserit A. et licet moneat sententiam s. Thomae dici communem a Salmanticensibus, ipse tamen reiicit lectorem ad ea, quae paulo post dicturus est de rebus inventis n. 603., ubi statuit, inventorem posse rem sibi retinere, ubi spectatis omnibus circumstantiis non videatur possibile amplius, quod res ad dominum redeat: significat videlicet se idem tenere in praesenti quaestione. « Secundum probabilem sententiam, restitutio pauperibus fieri tantum debet, cum res aliena ex delicto acquisita est ». Laym. l. c. c. 4. n. 2.

188. Cum res in usus pauperum est eroganda, si ipse debitor sit pauper, potest eam sibi vindicare vel partem eius iuxta prudentem distributionem. Ratio est, quia paupertas est sufficiens ratio ea bona obtinendi. Debitor autem pauperi comparari potest, si aere alieno nimis gravetur, cui satisfaciat iis, quae danda essent pauperibus; quando aliter non posset aere alieno se liberare. Cf. Lugo disp. 20. n. 8.

189. Debita non censentur incerta, cum, quamvis ignoretur persona, cui res subtracta est, constat tamen ea deberi certae communitati: cui idcirco restitutio est facienda.

Si vero creditor hoc pacto sit certus, quia constat rem deberi uni ex pluribus, qui pauci tamen sint, quis autem ille sit, ignoretur: v. gr. ignoratur quis, dum simul quidam luderent, nummum amiserit sed plures dicunt rem esse suam: tunc non sunt debita incerta, cum pro rata dubii certis personis aliquid debeatur: idcirco qui rem habet, restituere debet et quidem, si alii consenserint, res erit dividenda: secus pauperibus danda aut locis piis.

190. * Advertendum est erogationem debiti in usus pauperum vel locorum piorum conferre certe ad bonum tum spirituale tum etiam corporale domini ignoti, cui ea eleemosyna utriusque ordinis bona promereri

vel impetrare potest et quamvis dominus sit impius et incredulus, non excluditur legitima praesumptio eius voluntatis quod hoc pacto bona sua distribuantur; quia certe animo hanc voluntatem gerit ut in suam utilitatem bona sua expendantur.

191. Quid, si post idoneam diligentiam adhibitam, re pauperibus aut locis piis distributa, compareat dominus? Quaeritur nempe, an per huiusmodi distributionem transferatur reapse dominum rei in acceptantes, ut dominus postea comparens nihil repetere iure valeat.

Probat s. Alph. n. 590. sententiam Lugo disp. 21. n. 102.: quando spectatis omnibus circumstantiis, prudenter iudicatur, fieri non posse, ut dominus inveniatur, tunc pauper acquirit absolutum dominium rei, sine ullo onere restitutionis; ideoque domino forte fortuna comparenti nihil est restituendum, sive res non amplius exstet in se vel in aequivalenti, sive adhuc alterutro modo exstet. Eleemosyna sane iuxta merito praesumptam voluntatem domini, transfert reapse dominium; huc enim spectat eleemosyna et cum dominus non fuerit rationabiliter invitus in istam dominii translationem, iam nihil repetere potest.

Addit tamen Lugo, quod si dominus compareat, indicium hoc esse potest, non fuisse debitas diligentias adhibitas et sufficienti tempore dilatam distractionem rei: quod quidem si constat, tunc restitutio facienda ab iis, qui acceperunt, sive reddita ipsa re, si adhuc exstet, sive reddito eo, quo facti sunt ditiores. Sed et ipse debitor, qui distribuit, teneretur, ut iam monuimus, ad restitutionem in solidum.

192. Subiicit s. Alph. n. 591. quaedam de *compositione*, quae super debitis incertis, h. e. quorum dominus est incertus, obtineri potest per Bullam *Cruciatae* vel per s. Poenitentiariam: qua de re agendum erit cum A. sub dub. 7. a. 3. resol. 2. *

LVII. 2. Qui multis minutis furtis, v. gr. olei, panis, vini etc. damnum intulit multis civibus, eum teneri restituere, non pauperibus, sed ipsis civibus (minoris deinceps vendendo aut maiore mensura, donec veniatur ad aequalitatem) dicit Mol. At Vasq. et Escob. dicunt esse probabile, quod possit dare pauperibus, praesertim civitatis eiusdem. * Hic iterum considera Propos. supra citatam, scilicet 38. inter damnat. ab Innoc. XI. *

193. Duo affirmat A.: 1. qui per huiusmodi furta damna intulit multis, debet iisdem, qui damnum sunt passi, restituere et modum facilem restitutionis proponit, nempe minoris deinceps vendendo aut maiore mensura, donec veniatur ad aequalitatem; sermo est scilicet de iis, qui merces venales habent, quique plus minus nosse possunt illos, qui ab ipsis minus iusto acceperunt: 2. probabile esse istos fraudatores satisfacere suae obligationi, si pauperibus restituant, praesertim eiusdem loci: supponitur sci-

licet, hac limitatione, merces generatim non vendi nisi incolis eius civitatis vel oppidi, ubi merces prostant.

S. Alph. n. 595. omnino suadendum esse affirmat quod primo loco ponit A.; nam exstant illi, qui damnum passi sunt et cognoscuntur in confuso plus minus, ita ut resarciri eorum damnum absque magna difficultate valeat: quo posito, iis est compensatio exhibenda. Veruntamen, ait, censere se hanc obligationem restituendi iis ipsis, qui sunt laesi, non esse sub gravi, satisfacere illos scilicet suae gravi obligationi, si distribuant pauperibus. Et provocat ad id, quod ante tradiderat n. 534., ubi agens de furtulis, quae, facta diversis dominis certis, simul perveniunt ad magnam quantitatem, tanquam probabilius sibi et aliis iunioribus tradit, huiusmodi fures non peccare graviter si non restituant dominis certis, sed loco eorum dent pauperibus; eo quod singuli domini non fuerint graviter laesi, ut erga eos gravis obligatio oriretur. Unde apparet et in hoc altero loco n. 595. s. Doctorem in ea hypothesi versari, quod multa minuta furta, facta a venditoribus, neminem e singulis emptoribus graviter laeserint. Si enim id accidisset, profecto quando damnificatus notus esset, illi esset restitutio facienda.

Addit s. Doctor, quod tales debitores excusantur a veniali quoque, si, accedente aliqua rationabili causa, restituant pauperibus, puta si minoris vendere aut maiorem adhibere mensuram nequeant sine gravi incommodo aut periculo infamiae aut si urgeat necessitas pauperum valde indigentium, quibus praesumantur cives laesi non aegre ferre ut restitutio fiat.

Cum restitutio fit pauperibus, recte consulit A., ut fiat praesertim iis, qui sunt eiusdem loci; nam iure praesumitur haec esse voluntas aut desiderium dominorum, ut ii praeferantur, erga quos ipsi iam caritatis lege propius tenentur.

Propositio 38ª ex damnatis ab Innocentio XI., quam heic annotator memorat, reapse huc non facit; non enim nunc agitur de obligatione restituendi quod per pauca furta ablatum est, sed cui sit restituendum.

LVIII. 3. Quando bona sunt certa, ordinarie restitui debent possessori iusto, a quo accepta sunt vel cui damnum illatum; etsi is non sit immediatus dominus. Unde quod acceptum est a depositario, commodatario, conductore, custode, administratore, debet non domino, sed ipsis restitui; quia alioqui ipsis fieret iniuria, si iure possessionis, detentionis, custodiae aut utilitatis spoliarentur et damnum atque lucrum cessans compensari deberet.

LIX. 4. Excipitur tamen hinc, 1. si horum nihil interesset, ut si sine illorum damno, infamia, domino restituatur: 2. si probabiliter ipsi putarentur rem absumpturi, vel ablaturi cum iniuria domini: quo modo bona Ecclesiae non Praelato dissipatori, sed potius Capitulo restituenda sunt. Item accepta a filiofamilias, pupillo, furioso, uxore, religioso, si sint ex iis bonis, quorum administratio ipsis non competit, plerumque

restituenda sunt patri, tutori, marito, Praelato. Sic etiam si bona alicuius publicata et fisco addicta sint; tunc enim depositum et similia debita fisco debent reddi.

194. Clara res est. Ita si lampades auferas a domo vel templo, quae commodata vel locata fuerant, damnum faceres, si eas domino restitueres, non commodatario vel conductori et plurimi sunt huiusmodi casus.

Innuit A. infamiam identidem consequi posse, si domino ipsi res restituatur, si e. gr. rem domino reddens efficeres ut dominus cognosceret alterius occultam negligentiam aut crimen. Ita si custos bibliothecae vel musaei dedisset pignori libros, manuscripta, numismata etc. et qui accepit, deferret ea ad dominum bibliothecae vel musaei.

Accepta a filiofamilias, uxore etc. A. dicit restituenda patri, marito etc. *plerumque;* quia si vitari potest eorum infamia absque damno domini, id faciendum est. Praeterea qui accepit, ius habet servandi se indemnem: quemadmodum alias diximus (n. 154.) de caupone ex Lugo disp. 19. n. 76. Cf. dicenda heic sub resol. 8. et 9.

LX. 5. Cum quis, ignorato domino, cui restituendum erat, non praemissa aliqua diligentia, pauperibus distribuit, non satisfecit domino postea comparenti: secus, si diligentia sit praemissa. V. Less. l. 2. c. 14. dub. 3.

195. De hac obligatione iam dictum est sub resol. 1. Ratio evidens est; quia damnificator tenetur dominum indemnem reddere et diligentiam omittens causa est, cur dominus re sua privetur.

LXI. 6. Cum dominus quidem scitur, sed ei mitti non potest sine sumptu, tunc, si res male accepta est, tenetur restituens aliquas expensas ex se facere, si autem bene accepit, non nisi expensis domini. Quando nullo modo potest mitti, exspectandum est ad tempus et si adhuc non sit spes, reputatur debitum incertum. Tol. l. 5. c. 24.

196. Fuerunt qui dicerent, rem ablatam esse restituendam immediate ipsi domino, cum qualicumque furis damno; quia dominus servandus est indemnis et quodlibet detrimentum fur suae malitiae imputare debet, cuius detrimenti periculum libere suscepit furando. Ita Caiet., Vasquez, Navarrus aliique apud s. Alph. n. 598. At sententia, quam idem s. Doctor communissimam et probabiliorem vocat, id negat; quia iustitia, quae virtus est et prudentia regitur, nequit eam obligationem imponere, quae esset contra caritatem et non servaret aequalitatem. Manet quidem obligatio restitutionis, sed faciendae pauperibus aut locis piis, ut dictum est. Porro huiusmodi expensae gravissimae pro facienda restitutione, locum habere solum videntur, cum res in individuo exsistens mittenda est domino: qua in hypothesi plerumque (excepto scilicet casu rei forte rarissimae e. gr. scripti, picturae etc.) potest fur et debet rem vendere et pretium domino transmittere pro qua transmissione inutiles modo evadunt quaestiones de expensis gravibus eidem necessariis; nam media facilia nunc suppetunt: nisi forte agatur de paupere, cui et hoc gravissimum

foret; quo in casu, spectatis omnibus, quaerendum esset, an differenda sit restitutio, an pretium in pios usus erogandum, sive an perinde sit ac si dominus esset incertus.

197. Gravitas vero expensarum, pensanda est, ut monet s. Doctor l. c., ratione habita tum rei ablatae et damno domino illato tum conditionis furis; fieri enim potest ut expensa duorum aureorum sit inopi longe maius detrimentum, quam diviti amissio centum.

Sed difficultas est, ait idem, in definiendo, quaenam quantitas damni assignanda sit in expensis faciendis, ut debitor propterea excusetur a restitutione facienda ipsi creditori. Diversas opiniones refert s. Doctor: quas probare videtur, hae sunt. Si res sit parvi momenti et damnum furis esset duplo maius, licet restitutionem applicare pauperibus vel operibus piis; quia facile praesumitur in hoc dominus consentire. Si res sit magni momenti, excusatur fur a restitutione facienda ipsi domino, cum sumptus essent longe maiores ipso debito, quamvis Lugo disp. 20. n. 190. non excusat, etsi damnum passurus sit fur duplo maius.

Certe si damnum sit omnino excessivum, fur excusatur. Quotiescumque vero excusatur fur a restitutione domino ipsi facienda, debet in pauperes vel opera pia pretium rei ablatae distribuere, iuxta dicta sub resol. 1. Adverte tamen, quod si restitutio fieri potest cognatis creditoris egentibus, iis esset potius facienda restitutio; quia magis videtur id esse iuxta creditoris voluntatem, nisi aliud ex bonis coniecturis colligi posset. Quod certum est, si restitutio fieri potest filiis aut heredibus necessariis creditoris; quia ipsis quoque furto damnum iniustum est illatum. Cf. Lugo l. c. n. 191.

LXII. 7. Cum quis accepit rem alienam a possessore bonae fidei putante rem esse suam, cum non sit: tum, si quidem intervenerit aliquod iustum pactum, ut depositi, commodati, pignoris etc. illi restituendum est, non domino; qui tamen ex caritate monendus erit, si id ei profuturum putetur, sine alterius graviore incommodo, infamia etc. Vasq. Azor. p. 3. l. 4. c. 3. q. 2. Si autem aliter accepta est, tunc vero suo domino restitui debet, si eum novisti et absque incommodo fieri possit.

198. Nota citationem Azor (part. 3. l. 4. c. 3. q. 2.) penes A. esse abs re; quia Azor agit de emente rem a fure: heic autem agitur de accipiente a possessore bonae fidei.

Porro prior pars resol. consonat cum praecedentibus resoll. 3ª et 4ª

Quod ad alteram partem attinet, A. quidem dicit, rem aliter acceptam h. e. non intercedente aliquo iusto pacto, esse domino restituendam; at id est intelligendum iuxta ea, quae mox dicturi sumus in seq. resol. 8. Videlicet inspiciendum est, an qui restituturus est domino, passurus sit necne detrimentum, quod subire non teneatur, ut ipse A. in fine indicat.

LXIII. 8. Quando a fure, vel alio venditore quis emit, sive mala sive bona fide, rem furtivam, tenetur restituere domino, non furi. Ita communiter Molin. Regin. t. 1.

l. 10. c. 5. n. 40. Toletus tamen l. 5. c. 17. Sylv. Ant. Mald. in 2. 2. tit. 4. c. 3. dub. 2. probabiliter sentiunt posse reddi furi, ut ab eo pretium suum recuperet, quia non constituit rem peiore loco, quam ante fuerat et consequenter ipse non infert domino damnum. Quod Navarr. Trull. l. 7. c. 11. d. 4. admittunt cum hac limitatione; si mox et non post longum tempus contractum rescindat, vel si certo sciat, furem redditurum rem domino, vel si dominus rei sit mortuus aut absit, ita ut conveniri non possit. Quod si autem pretium suum recuperare non possit a venditore, tenetur reddere domino et sibi damnum adscribere. Quod si porro sciens rem esse furtivam, emat eo fine, ut invento vero domino restituat, tunc si emit parvo pretio, tenebitur id ei dominus refundere, cum utiliter eius negotium gesserit: secus autem, si pretium esset fere aequale rei; tunc enim sufficit refundere ad arbitrium viri prudentis tantum, quantum videtur meritus rem domini utiliter redimendo. Vide Less. l. c. c. 14. d. 3. Dian. p. 2. t. 3. r. 5.

199. Si fur tibi donaverit rem furtivam, quae tamen in eius dominium non transierit per mixtionem, confusionem etc., debes restituere domino, non furi; nisi grave pati debeas incommodum, secus obligaris ad compensationem damni; quia eius es causa.

Si bona fide emisti a fure nec aliter potes pretium tuum recipere, potes restituere furi. Est doctrina satis communis apud s. Alph. n. 569. qui et probabiliorem eam vocat opposita. Ratio s. Doctoris est; quia quisque ius habet ad bona sua recuperanda nec tenetur evitare damnum proximi cum damno suo (quod heic esset par): atqui cum quis habet ius bona sua recuperandi, ius quoque habet ad actionem illam, quae per se est necessaria et directa ad reparationem sui damni; licet exinde per accidens et indirecte sequatur damnum proximi, quod permitti potest, cum non sit obligatio illud impediendi cum damno proprio. Iam vero actio necessaria recuperationi bonorum suorum est rescissio contractus cum fure, haec autem eo redit ut rem acceptam a fure eidem reddas et sic tua bona recipias: ergo. Agitur scilicet de actione, quae per se est licita, nempe rescissio contractus; finis honestus adest, se servare indemnem, qui finis ex ea actione immediate sequitur: nulla obligatio est servare indemnem alterum cum damno pari meo; ergo licet permittere damnum domini, quod ex rescissione contractus secuturum est.

Lugo disp. 17. n. 29. id declarat variis exemplis. Ita si bovem proximi ex stabulo furis domum reduco, ille vero, utpote cornupeta, velit occidere bovem meum; possum, ad vitandum hoc damnum, dimittere malam bestiam, etsi certo redituram ad furem. Quamvis vero Croix l. 3. p. 2. n. 100. dicat, Lugo consentire illis, qui putant aliter dicendum, si res peritura sit domino, quando furi restituatur, id tamen immerito affirmatur; quia Lugo tota sectione 2. disp. cit. oppositum defendit et contraria argumenta dissolvit.

200. Imo Lugo ibid. n. 37. admittit doctrinam traditam valere quoque in eo, qui mala fide emerit rem a fure, si tamen postea eum poeniteat.

Quam sententiam s. Alph. n. 570. ait dici haud immerito a Busembaum probabilem: Lugo vero habet ut probabiliorem. Nam, ut inquit, non tenetur talis emptor rem reddere domino ratione rei acceptae; secus enim et bonae fidei acceptor teneretur: neque tenetur ratione iniustae acceptionis; nam licet emptio facta fuerit mala fide et sic fuerit iniuriosa domino, non tamen influit realiter in damnum eius, quod iam illatum exsistebat per acceptionem furis; ad obligationem autem restitutionis requiritur ut actio accipientis non solum sit iniusta sed praeterea influens in damnum. Ergo, quod spectat ad debitum erga dominum rei, perinde se habet hic emptor ac prior: competit ergo et ipsi ius rescindendi contractum.

201. Ad obiectionem, quod possit dominus rem suam repetere, respondet Lugo n. 32.: utique posse dominum rem suam, ubicumque sit, vindicare et exigere; non tamen sequitur teneri emptorem statim dare, antequam agat cum fure pro pretio recuperando. Sane si dominus, quaerens solum utilitatem suam, utitur iure suo, emptori quoque integrum est utilitati suae prospicere atque idcirco non tenetur cum tanto suo damno rem reddere domino. Tenetur quidem non impedire dominum volentem rem suam accipere atque non occultare eandem domino quaerenti; huiusmodi enim actiones sunt contra ius domini: sed obligatio nulla est deferendi positive rem domino, cum damno suo.

202. Quaeritur quandiu is differre possit restitutionem ut agat cum fure de recuperando pretio. A. dicit rescissionem contractus faciendam esse mox, non post longum tempus: nimirum ut evitetur incommodum grave, quod pati deberet dominus. Lugo n. 37. l. c. censet tandiu differri posse rescissionem contractus, quandiu obligato ad restituendum differre licet restitutionem. Adverte tamen 1° non computandum esse tempus, quod intercedit ab acquisitione rei ad diem, quo emptor bonae fidei cognoscit rem esse alienam: cur enim is hoc damnum subeat absque culpa? 2° Non apparet, cur damnum obveniens domino ex dilata restitutione sit causa sufficiens, ut tantum damnum emptor patiatur; nam si reddere possum rem furi, ut recepto pretio, me servem indemnem, quamvis dubia sit restitutio furis, cur nunc ob solam dilationem patiar illud idem grave incommodum?

Trullenk l. 7. c. 9. dub. 3. n. 4., quem A. citat, non videtur postulare ut emptor, qui diu retinuit, ad restitutionem rei furtivae domino teneatur sed solum velle videtur, eum, qui diu retinuit, non esse immunem a culpa et teneri ad restitutionem damni orti ex sua diuturna retentione rei. Sane excusandi illum, qui mox contractum rescindit, rationem hanc affert: « quia non censetur notabilem iniuriam domino fecisse rem ipsius *tantisper* contrectando ». Et eodem pacto de hac re disputat Lugo l. c.,

quae quidem communibus principiis consona sunt de mora in restituendis rebus alienis.

LXIV. 9. Si bona fide rem alienam v. gr. equum emisti ab altero v. gr. Petro et vendidisti tertio v. gr. Paulo et postea cognoscatur esse Ioannis, eoque repetente a Paulo, Paulus repetat pretium a te, existimat quidem probabile Nav. et Dian. p. 1. t. 8. r. 63. non teneri te Paulo id reddere (si in nullo factus sis ditior) sed sufficere, si tuam actionem, quam habes in Petrum, ei cedas. Verum Sotus, Salon. Less. Sayr. Bon. de rest. q. 4 p. 2. rectius docent, teneri te, exigente Paulo, contractum rescindere et pretium restituere; tum quia vendidisti rem vitiosam, tum quia teneris de evictione emptori, nec eum potes remittere ad illum, cum quo nihil habet negotii. Quod si tamen Paulus, cum possit, tibi non restituat equum, sed Ioanni et hoc ipso impediat, quominus pretium tuum possis recuperare, nec tu teneris ei pretium ab ipso acceptum restituere. Bon. Less. etc. Vid. Trull. c. 11. d. 31.

203. Quod attinet ad priorem partem valet titulus, quem DD. ponunt inter radices restitutionis, contractus scilicet, vi cuius teneris praestare securitatem et indemnitatem ei, qui tecum contrahit. Salmant. tr. 13. *de Restit.* c. 1. n. 88. pro sententia opposita allegant Navarrum, Caietan. Silvest. Medina, Diana et addunt eam probabilem dici a Bonacina, Valentia et Sayro, qui ceteroquin magis adhaerent sententiae A. Rationem autem reddunt, quia hic venditor pretium reddere non tenetur iniustae acceptionis, cum bona fide et ipse emerit ac vendiderit, neque rei acceptae, quae apud eum nec in se exstat nec aequivalenti, eo quod ditior non evaserit. Verum haec ostendunt quidem obligationem haud esse huic venditori erga dominum rei ut ipsi pretium acceptum refundat, sed non probant obligationem nullam eiusdem esse erga emptorem, a quo dominus rei rem suam evicerit; nam venditor, ipsius contractus vi, tenetur indemnem emptorem servare: cedendo autem illi actionem suam, quam habet erga priorem venditorem, obligat illum ad litigandum cum eo, quocum nullum negotium habet; quod est profecto gravamen molestum satis. Cf. Lugo disp. 17. nn. 106. 107.

204. Ceterum si dominus rem non evincat, ad nihil venditor iste tenetur et licet noscat post venditionem, rem esse alienam, si non possit pretium suum recuperare, non tenetur id indicare aut emptori aut domino; quia nec rem habet nec causa est, cur dominus ea careat nec alioqui cum damno suo efficere tenetur ut rem suam dominus recuperet. s. Alph. n. 601.

Item si is, cui vendidisti, vendat alteri, etsi vendat minori pretio, ad nihil erga eum teneris; quia huius iacturae tu non fuisti causa. Si is vendidit minoris, eo quod res esset aliena, nondum tu compensare illi debes eam iacturam; quia debuisset ad te referre, ut pretium suum recuperaret rescissione contractus, ut docet Vasquez *de Restit.* c. 9. §. 2. dub. 4 n. 22. Si proinde tertius emptor, quia forte res a domino evicta

est, petat pretium a venditore, cum hic, qui a te emit, ius habeat recurrendi ad te suumque postulandi pretium, tu vi contractus teneris illud refundere. Lug. l. c. n. 108.

205. Altera pars resol. nectitur cum doctrina tradita in praeced. n. 199.

Adverte tamen illud: *cum possit;* nam si emptor tuus necessitate coactus domino rem suam repetenti restituit, non censetur causa tui damni atque ideo manet in te obligatio prior resarciendi damnum, quod ex emptione ille passus est. Lug. l. c. n. 109.

LXV. Quaeres, cui restituendi sive dandi sint thesauri et alia inventa, quae habentur pro derelictis.

Resp. Quando nullius domini sunt, iure naturali et gentium fiunt primo occupantis. Potest tamen per consuetudinem et leges aliter quid ordinari, quod servandum est. De quo v. Less. l. 2. c. 5. d. 10. Laym. l. 3. t. 1. c. 5.

206. De hac re superius actum est in I. Parte nn. 121. seqq.

LXVI. Quaeres 2. An et cui restituenda, quae capiuntur venatione iuste prohibita.

Resp. Id aestimandum partim ex iure naturae, partim ex consuetudine et legibus ac iuribus particularibus, ut vid. apud Laym. l. c. l. 3. t. 1. c. 5. n. 14. et Less. c. 8. d. 9. et Sà v. *Venatio.*

Ex quibus resolvitur hic Casus.

Venator iniquus tenetur restituere saltem damna, quae segetibus fructibusque infert.

207. De hac quoque re iam supra dictum est l. c. nn. 187. seqq.

Dub. VI.

De rebus restituendis.

Articulus I.

Quid restituere debeat possessor bonae fidei.

LXVII. Respond. Qui bona fide damnum intulit aut possidet aliquid, de quo postea melius cognoscit, tenetur, ne incipiat esse possessor malae fidei et detinere alienum, id tantum et non plus restituere, quod ex ea re ipsi superest, una cum eius fructibus, si exstent vel quatenus inde factus est ditior; praeterquam si dominium sibi comparavit per legitimam praescriptionem. Ita communiter Doctores Mol. Sanch. Less. l. 2. c. 6. Bon. d. 1. q. 1. p. 1. Lay. l. 3. t. 2. c. 2.

208. Clara est doctrina A.: dicitur autem factus quis ditior ex re aliena, si ratione illius habeat quod alioquin non haberet, quatenus scilicet vel habet pretium, quia vendidit, vel habet aliam rem, quia permutationem fecit, vel ex fructifera re lucratus est, vel quia, dum eam rem alienam consumpsit, pepercit rei suae. Ita enim res aliena dicitur in aequivalenti

adhuc apud te exsistere, quod opus est, ut possessor bonae fidei restituere tenearis, cum rem ipsam amplius non habes. Non satis est ergo quod res aliena apud te aliquando exstans occasio aliqua fuerit, ut aliquid aliud obtineres aut lucrareris: ut e. g. si officium quoddam lucrativum non detur nisi certos redditus habenti et tu propter alienum fundum bona fide possessum censereris eos redditus habere et officium obtinueris.

Unde resolves.

LXVIII. 1. Si vestem v. gr. bona fide donatam a fure aut alio portasti et fere attrivisti ac postea dominus compareat, teneris eam aut aequalem ei restituere et insuper persolvere, quantum attrita est, si alias vestem aequalis valoris attrivisses; si autem eam amisisti aut ablata tibi est etc. ad nihil teneris. Bon. l. c. Laym. n. 1. V. Trull. l. 7. c. 2. d. 1. Si autem res, quam a fure bona fide accepisti (sive donatione, sive emptione) sit usu consumptibilis, eamque cum tuis miscuisti, ita ut discerni nequeat; etsi deinde deprehendas furtivam fuisse, non teneris restituere. Navar. Sylv. Layr. Less. Bon. d. 1. q. 3. p. 1. quia per istam commixtionem bona fide factam est in te translatum dominium, ut colligitur *L. Si alieni nummi ff. de Solut.* Neque est ratio, cur haec potius, quam illa pars censeatur aliena; atque adeo periit obligatio realis et tantum manet personalis in venditore. Vide Dian. p. 4. tr. 4. r. 66. Trull. l. 7. c. 2. d. 3. Less. l. 2. c. 20. d. 18. ubi addit esse valde probabile iurique naturae conforme, quod verus dominus rei illius ablatae et permixtae (quandiu totus cumulus exstat) retineat ius in re, ut ex isto cumulo sibi satisfiat ante alios, imo possit ex eo occulte accipere.

209. Quoad priorem partem. Si attrivisti alienam vestem pretiosiorem tua, satis est, si restituas ex pretio tuae vilioris, quam secus attrivisses et cui pepercisti; quia in hoc tantum factus es ditior: e contrario si pepercisti vesti tuae pretiosiori, non teneris restituere nisi valorem inferiorem rei alienae absumptae; quia hoc tantum obtinuisti.

Si vero rem absumpseris, etiam voluntarie, e. g. domum, quam tuam putabas, evertisti, ad nihil teneris; non sane ex re accepta, quam non habes, non ex iniusta acceptione aut consumptione, quae nulla fuit.

210. Quoad alteram partem, si rem usu consumptibilem, a fure bona fide acceptam confudisti aut miscuisti cum tua, A. duplicem casum ponit, *donationis* et *venditionis:* neutro autem casu ait possessorem teneri rem restituere, scilicet *in individuo;* quia supponitur per confusionem aut commixtionem dominium translatum in possessorem. Tenetur is tamen restituere in quantum factus est ditior, ut notat s. Alph. n. 607.: quocirca si donationis titulo accepit, restituere tantundem debet: si vero venditionis, per se ad nihil tenetur: quia nec factus ditior est nec dici amplius potest rem alienam habere, cum per commixtionem res accepta in dominium possessoris transierit, iuxta leg. de qua n. seq. In hoc tamen casu potest rei furtivae dominus, eam ope iudicis vindicare sibi ex cumulo, praesertim si habere nequeat actionem in personam furis v. gr. mortui. Et exstat sententia Lessii l. c. aientis: « Valde credibile est, quan-

diu cumulus iste exstat aliquo modo idem permanens, eum, cuius res ibi permixta est, habere ius in re, ut ante alios omnes ei ex illo satisfiat, imo eum posse sibi ex illo occulte accipere quantum e re sua ibi permixtum esse novit. Ratio est, quia, etsi quando misceo v. gr. frumentum alterius frumento meo absque voluntate domini, acervus ille ex utroque resultans non fiat communis, sicut cum utriusque consensu commiscetur; tamen competit illi actio in rem, quandiu acervus exstat totus, ut habetur Instit. *De rerum divisione* §. 28., quod est valde consentaneum iuri naturali. Cur enim, cum certo mihi constat rem meam esse huic permixtam, non possim mihi vindicare ex mixto illo, quantum de meo inest? Confirmatur ex l. *Marcellus* §. 2. Dig. *de Rei vindicatione,* ubi dicitur: « si quid quod eiusdem naturae est, ita confusum et mixtum est, ut reparari nequeat, non totum, sed pro parte vindicandum, utputa meum argentum et tuum in massam redactum est, erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus ». Hanc doctrinam Lessii valde probabilem dicit s. Alph. n. 612.

211. Lex, quam A. citat, *Si alieni nummi,* ita se habet: « Si alieni nummi, inscio vel invito domino, soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt: si mixti essent ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit, in libris Caii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret ». Sed quaeritur, ait s. Alph. n. 499., an quod in nummis valet, valeat quoque in mixtione aliarum rerum, frumenti, leguminum etc. Quidam apud eundem negant propter discrimen inter nummos et frumentum atque huic similia et propter diversas leges, cf. Inst. lib. 2. tit. 1. text. 28. *de Commixtione.* Sane, ut ait Vinnius in h. l. diversas iuris dispositiones explicans. « Plerique putant inter nummos et frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti, ut discerni non possint, pro consumptis habendi sint, frumentum non, antequam farina ex eo confecta sit; quippe rerum, quae usu consumuntur, consumptionem aestimari ex consumptione ipsorum corporum, pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus ». Cf. ibid. Alii nihilominus inter Theologos affirmant quod de nummis dicitur et de ceteris rebus ita permixtis ut discerni nequeant, dicendum esse; quia eadem est ratio pro omnibus. Id tamen Lugo disp. 6. n. 164-166. probans, hoc pacto sive quoad nummos sive quoad alias res intelligit, ut quod accedit, minus sit quam praecedens, cui additur et quod admixtio fiat animo acquirendi dominii, quod quidem contingit in possessore bonae fidei, de quo agimus. Cf. I. Part. nn. 259. 260.

LXIX. 2. Milites bona fide militantes, intellecta postea belli iniustitia, id tantum restituere debent, quod adhuc habent ex praeda et quo facti sunt ditiores. Bon. l. c.

212. Nihil addendum: sed cf. sup. n. 177. 6.

LXX. 3. Qui bona fide per inculpatam ignorantiam celebravit contractum, quem postea usurarium esse cognoscit, non in plus tenetur, quam factus est ditior. Vide Laym. l. 3. tr. 2. c. 3.

213. Rursus nihil addendum.

LXXI. 4. Possessorem bonae fidei, si adhibita diligentia inclinet in ea partem, quod res non sit sua, teneri aliquid restituere iuxta inclinationem, docet Con. d. 3. dub. 10. n. 39. At Palaus t. 1. d. 2. p. 2. n. ult. putat ad nihil teneri; quia possessio contrariis rationibus non convincentibus praeponderat. Idem docet Vasq. apud Escob. t. 2. c. 3. n. 154. Dian. p. 4 t. 3. r. 24. et 26. Si neglexit investigare veritatem et deinde sciri non potest, dicit Palaus l. c. ad nihil teneri.

214. Quoad priorem partem communior et probabilior sententia, ait s. Alph. l. 1. n. 35., docet possessorem ad nihil teneri, nisi moraliter constet, rem esse alienam. « Ratio est, ait Lugo disp. 17. n. 94., quia quaecumque sit illa inclinatio ad partem oppositam, non praeponderat titulo possessionis, qui spoliari non debet, quandiu pro altera parte non affertur ratio conveniens vel praesumptio iuris, quae superet praesumptionem ex possessione ortam. Quare illud quod dicitur: in *pari* causa meliorem esse causam possidentis (obiiciebant scilicet id valere in causa *pari* non inaequali) sic debet intelligi, ut dum neutra pars sufficienter probatur, possessoris causa debeat sustineri ». Addit s. Alph. l. c. in fine: « Hinc parum probabile videtur id, quod heic addit Roncaglia l. 1. c. 2. q. 3. n. 2. quod si rationes faventes possidenti sint tantum tenuiter probabiles, tunc ipse teneatur rem restituere, saltem quoad maiorem partem. Nam si contra possessorem sint rationes taliter probabilissimae, ut fundent contra ipsum moralem certitudinem, tunc ipse tenetur totam rem restituere: si autem secus, ad nihil tenetur ».

215. Quoad alteram partem, fatentur omnes eum peccare, qui, suborto dubio, negligat inquirere et peccare graviter, si gravis res agitur et advertentia ad obligationem sit plena. Palai sententiam alii tenent, citati a s. Alph. ibid. n. 37. et Palaus *de Consc.* disp. 3. punct. 2. n. 8. sic probat. « Ratio, quia, etsi peccaveris contra iustitiam in omittenda inquisitione veri domini, cum comparere probabiliter poterat: at non obinde te malae fidei possessorem constituisti; quia nunquam certus fuisti rem alienam possidere, quod videbatur necessarium ad amittendam possessionem antea acquisitam (supponitur scilicet possessionem bona fide coepisse) et ita docet Rebellus, etsi tutius et probabilius reputet oppositum ».

Nihilominus s. Alph. l. c. censet verius esse, quod talis possessor teneatur aliquid restituere, vel domino vel pauperibus, si dominus est incertus. Ratio est, quia ipse culpabiliter privavit dominum spe, quam hic ad suam rem recuperandam habere poterat: haec autem spes erat bonum quoddam pretio aestimabile, damnum ergo intulit ille domino, quod

resarciendum est. Censet autem non dimidium rei restituendum esse, sed minus et forte valde minus; quia illa spes non admodum aestimanda est. Verum cum probabile sit dominum reapse nullum esse, eo quod probabiliter res non sit alterius, non constat quod hic possessor privaverit culpabiliter dominum spe; nutat igitur fundamentum huius obligationis et exerere vim suam adhuc videtur principium; possessorem ad nihil teneri, nisi moraliter constet rem esse alienam.

LXXII. 5. Si bona fide rem vendidisti dono tibi datam, teneris restituere pretium, quia factus es locupletior et satis debet esse tibi, non habere minus, quam ante. Quod si tamen apud alterum res est, is reddere tenetur. Ibid. et Vasq. c. 9. §. 2. Mol. Less. l. 2. c. 14. d. 3.

LXXIII. 6. Si bona fide rem ipse emisti et vendidisti absque lucro, nihil teneris restituere, sed solus is, apud quem res est. Molin. loc. cit. Less. lib. 2. cap. 14. d. 1. contra Vasquez etc.

216. Revocentur ea, quae dicta sunt ad resol. 9. Dubii praeced.

LXXIV. 7. Si rem alienam bona fide donasti, non donaturus aliam, si hanc non habuisses, ad nihil teneris; quia non es factus ditior: secus, si aliam donaturus fuisses (quia tunc parcendo tuae, factus es ditior) vel si aliquid accepisti in remunerationem. Bonac. Trull. l. 7. c. 2. d. 1.

LXXV. 8. Si aliena re lucratus es, tanquam instrumento, v. gr. frumentum alienum alio deportatum vendidisti, vel pecuniam alienam negotiationi exposuisti, non teneris illud lucrum restituere; quia non est fructus rei alienae, sed tuae merae industriae: tales enim fructus dicuntur merae industriae, quos ipsa natura ex se nullo modo gignit, sed tantum concurrit ut instrumentum operantis. Laym. l. c. n. 3. ex s. Thom. etc.

217. Clara sunt. Quod vero in resol. 8. de fructibus industriae dicitur, confer cum dicendis mox in resol. seq.

LXXVI. 9. Fructus omnes rei, sive ii sint mere naturales hoc est, qui vix ullo hominum labore egent, ut foetus animalium, arborum, herbae et gramina, sive sint simul industriales sive mixti, hoc est, ad quos aeque aut magis hominum labor cum natura concurrit, ut v. gr. segetes et quae serendo gignuntur; item vinum, oleum, lana etc. quo etiam referuntur pretia locationis domorum, iumentorum etc. qui fructus civiles appellantur: hi, inquam, fructus rei, si percepti et exstantes sint, domino restitui debent, deductis tamen expensis propriis et aestimatione laboris. Et quidem pretium locationis ex re aliena debet domino restitui, licet is rem, si penes se habuisset, non fuisset locaturus. V. Laym. l. c. Si tamen fructus isti reales bona fide possessi fuerint tempore a lege praescripto ad usucapiendum illos (quod si adsit titulus, est biennium inter praesentes, inter absentes quadriennium: si autem non adsit titulus, anni 30. cum bona fide) non sunt restituendi; quia usucapio transfert dominum. Salon. Trull. l. 7. c. 11. a. 3.

218. * Fructus rei alii dicuntur *naturales*, alii *industriales*, alii *mixti*. Verum haec distinctio, potius quam distinctio subiectorum diversorum, est distinctio diversorum effectuum, qui in eodem subiecto esse possunt. Sane naturales fructus sunt, qui ab ipsa re progigni possunt absque hominis cura: huiusmodi sunt foetus animalium, lana ovium, fructus arbo-

rum, herba prati, silvae caeduae, qui fructus et ibi reperiuntur, ubi nulla est hominis cultura et ante hominis creationem exsistebant. Fructus industriales ii sunt, qui respondent labori et diligentiae hominis, utentis profecto aliqua re naturali, qua opus semper habet, ut aliquid produeat. Fructus mixti sunt, quos nec sola natura nec sola humana industria, sed utraque simul producunt. Si hanc definitionem lato sensu accipimus, nullus est fere fructus, qui non sit mixtus; nam et naturales solemus acquirere accedente aliqua cultura et industria hominis, qua saltem fit ut certiores, plures et perfectiores sint. Quocirca mos invaluit, ut fructus mixti appellarentur ii, ad quos producendos industria hominis notabiliter concurrit: cuiusmodi sunt oleum, vinum, caseum, panis, pannus etc.

Quemadmodum vero sunt fructus mere naturales, ita et sunt fructus qui censentur mere industriales; ut opus, quod alieno instrumento artifex confecit, non instrumento sed artificis industriae tribuitur; etsi domino instrumenti debeatur aestimatio usus instrumenti.

Profecto in quibusdam definiendis occurrere potest in praxi difficultas; illud tamen habendum est prae oculis, effectus proprie, non subiecta distinguenda esse atque esse fructum industrialem quidquid labori et diligentiae hominis respondet.

Praeter fructus naturales, sunt et *civiles*, ii scilicet, qui in foro civili habentur ut fructus rei, qui non ex corpore rei nascuntur, sed occasione rei iure percipiuntur. Huiusmodi sunt pretium rei locatae sive quod ex locatione rei acquiri potest: usura, quod ex pecunia alteri tradita obvenire tradenti potest: merces, salarium, quod operae praestitae debetur. Hi fructus pariter, ad analogiam priorum, dividuntur in *quasi-naturales, industriales, mixtos*. Si ex sola re tradita, puta domo, praedio, pecunia, fructus percipiuntur absque labore alio et industria e. gr. commune pretium locationis domus, ii dicuntur quasi-naturales: si cura et labore hominis accedente plus emolumenti consequatur, si redditus agri augeantur, si negotiatione lucrum, praeter commune pretium, acquiratur, erit ex hac parte fructus industrialis: idcirco fructus totalis mixtus erit, partim quasi-naturalis, partim industrialis.*

219. His positis, quaeritur an possessor bonae fidei debeat restituere fructus et quos. Regula est: fructus industriales non debet restituere; quia sunt sui, utpote sua opera parti: naturales seu quasi-naturales, qui adhuc exstant, restituendi sunt; quia sunt domini, cui res fructificat, detractis tamen expensis suis, ad eas enim possessor habet ius, non secus ac dominus ad rem suam: ex naturalibus fructibus consumptis eatenus tenetur restituere, quatenus factus ditior est ideoque etiam quoad illos, detractis expensis.

S. Alph. heic post verba A. *deductis tamen expensis propriis et aesti-*

matione laboris, inserit per parenth.: « Sed vide infra, ubi dicemus cum Molina, Croix et communi, quod fructus mixti a possessore tam bonae quam malae fidei non debeant restitui, nisi in quantum respondent naturae, non vero in quantum respondent industriae ». In n. autem 825. ad quem mittit lectorem, habet haec verba descripta ex Croix l. 3. p. 2. n. 213. « Possessor tam bonae quam malae fidei tenetur restituere fructus mixtos, quantum respondent naturae; quantum autem respondent industriae, non est obligatio illos restituendi...; nam, quantum a natura proveniunt, sunt fructus rei; quantum autem proveniunt ab industria, sunt fructus non rei, sed hominis, occasione rei vel per rem tanquam per instrumentum sibi lucrantis et hoc volunt Auctores communiter, quando dicunt, fructus mixtos esse restituendos, deducto valore industriae ».

Verum nescio an Auctores a Croix allegati aliquid plus habeant quam A. noster. Croix allegat Molinam: hic disp. 719. n. 4. ait: « observa autem, si possessor bonae fidei sit in aliquo factus locupletior ex re aut ex fructibus, in illo ante omnia compensari debere expensas, laborem ac industriam, quae fuerint apposita ». Dicastillo pariter allegatus sic habet *de Restit.* l. 2. tr. 2. disp. 5. dub. 3. n. 66. « Illud cum plerisque auctoribus est maxime notandum, nempe, ad computandum id, in quo factus sit locupletior in his industrialibus, deducendum esse valorem expensarum et industriae ». Et Lugo disp. 17. n. 39. « Regula generalis apud theologos est, bonae fidei possessorem debere restituere domino rei fructus naturales et mixtos, deductis expensis ». A quibus nescio quid differat Busembaum dicens, deducendas esse expensas proprias et aestimationem laboris: ubi et ipse loquitur de fructibus naturalibus et mixtis; iis enim verbis significat A., quod quidquid respondet industriae possessoris, deducendum est.

220. * Docet A. restituendum esse domino rei locatae pretium locationis, quamvis is rem locaturus non fuisset; quia fructus est non industriae, sed quasi-naturalis. Occasione huius doctrinae quaerit s. Alph. an restituendum sit pretium libri alieni locati. Negare id ait Laymann, eo quod liber non videtur de se aptus ad gignendos fructus. Singularis est ratio; nam non minus est aptus liber, quam domus. Verum Laymann non illud, imo oppositum docuit. Sane l. c. n. 4. reprehendit Navarrum, qui responderit: eum, qui torquem aureum a non domino emptum saepius locavit, non teneri restituere domino pretium locationis. Et reprehensionis ratio est, quia torques aureus non numeratur inter res usu absumptibiles, sed eius usus a dominio separari, alteri concedi et in aestimationem venire potest ideoque pretium elocati torquis non est industriae, sed ipsius rei fructus. Quae ratio, ut patet, valet pariter in libro,

ut ibid. s. Alph. significat, etsi de libro Laymann non loquitur. Incredibile certe est non posse locari usum bibliothecae aut locationis pretium non esse domino restituendum. Crediderim a s. Alph. scriptum non Laymann, sed Navarrum. *

221. Gury habet §. 636. 3. quaedam difficilia. Nam prius proposita doctrina ex iure naturali, quae ea est, quam modo tradidimus, gradum faciens ad *ius romanum*, affirmat non improbabiliter, iuxta plures, nihil esse ex huius iuris norma restituendum de fructibus consumptis, etsi possessor factus sit ditior; quia obligatio restitutionis probari nequit hoc iure romano, quod silet neque ex praxi tribunalium, quae possessori favet. Subdit nihilominus: communius theologos, saltem ex iure naturali, obligare ad restituendum id omne, in quo possessor factus est ditior. Tandem refert, iuxta ius gallicum art. 549-550. omnes fructus, quicumque sint, assignari possessori bonae fidei, dummodo rem possideat ut proprietarius et ex titulo dominii translativo (a). Concludit vero probabilius has leges et in foro conscientiae valere; quia favent publico bono, tollendo inextricabiles lites, querelas et difficultates oborturas iugiter circa quantitatem fructuum restituendorum. Ita, ait, Carriere, Venier, Gousset contra nonnullos.

Fatendum est, ius romanum in hac re esse saltem obscurum, exstant enim textus, qui, verbo tenus, favere manifeste videntur dispositioni iuris gallici. Ita Inst. *de Rerum divis.* §. 33. *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse, pro cultura et cura et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.* Item l. *Bonae fidei* Dig. *de Acquir. rer domin. Bonae fidei emptor non dubie, percipiendo fructus etiam in aliena re, suos interim* (b) *facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius provenerunt, sed omnes; quia, quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* Et §. 2. *Et ovium foetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiamsi praegnantes venierint vel subreptae sint. Et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest idemque in lana iuris est.*

Sed ecce lex *Certum C. de Rerum vindicatione,* quae est Diocletiani et Maximiani. *Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum*

(a) Pariter ius italicum art. 703.: Possessor bonae fidei facit fructus suos nec tenetur restituere nisi quos obtinuit, postquam res iudicialiter postulata fuit.

(b) Gothofredus subdit in nota: « idest dum possidet, scilicet ante evictionem et litis contestationem ».

ipsa re praestare, bonae fidei vero, exstantes, post autem litis contestationem, universos. Alia *Qui scit.* Dig. *de Usuris: Bonae fidei emptor quoad percipiendos fructus, intelligi debet, quandiu evictus fundus non fuerit.* Cf. et aliam apud Lugo disp. 17. n. 42. Cf. sis Vinnium et Heineccium ad l. c. Inst.

Si textus Inst. ad legem Diocletiani exigatur, iuxta quam et lex *Bonae fidei* loqui videtur, evanescet forte difficultas. Quidquid vero de hac iuridica quaestione sit, cum generalis regula, ut inquit Lugo l. c. n. 39., theologorum sit et quidem non tantum ex eorum communiori, sed *communissima* ac *unanimi* sententia, restituendos esse fructus exstantes non solum in se ipsis sed etiam aequivalenter, in quantum scilicet bonae fidei possessor factus est ditior, cumque, ipso fatente Gury, id ex iure naturali descendat; profecto, etsi ius romanum obscurum sit vel ius gallicum contradicat, ambigi nequit cui iuri standum sit: cum praesertim rationes allatae pro iure gallico, valore careant.

Nam difficultas definiendi quantitatem fructuum eadem occurrit, cum possessor est malae fidei, cui tamen nemo velit gratificari: tum eadem non habetur pro fructibus civilibus, locationis, pensionis, debiti publici etc. Cum praeterea fructus, utpote res mobiles, cum titulo et bona fide, triennio praescribantur: fit, ut, quando reddendi sint a possessore bonae fidei, brevis temporis spatium et non magna copia fructuum computanda sint ideoque nec grandis compareat difficultas.

Quocirca in foro conscientiae legem certam naturae sequamur. Sententia A., parenthesi inclusa, de biennio et quadriennio, nescimus e quo iure sumpta sit. Cf. dicta de Praescrip. ac Laymann l. c. n. 8. et s. Alph. n. 506.

LXXVII. 10. Si a fure accepisti (sive bona sive mala fide) rem usu consumptibilem, v. gr. vinum, oleum, triticum, cum propriis ipsius furis rebus permixtum, ita ut discerni non possit, non teneris restituere, si fur ad restituendum sit potens: quia fur per commixtionem istius rei cum propria acquisivit eius dominium atque adeo illud tanquam verus eius dominus potuit transferre. Navarrus, Sanch. Less. Bon. Trull. l. 7. c. 2. d. 3. V. Dian. p. 2. tr. 5. misc. r. 40.

222. Differt haec quaestio a proposita in parte 2ª resol. 1ᵃᵉ; ibi enim sermo erat de re, ex fure accepta, quam tu rebus tuis miscueris: heic vero sermo est de re, quam fur miscuit rebus suis et cuius per mixtionem supponitur dominium adeptus, manente ei obligatione personali ad restitutionem.

Auctor statuit, furem in hac hypothesi, dum rem dat, dominium eius in alium transferre. At enim si valide potest transferre dominium et potest seu donare seu vendere, vix apparet, quomodo alter mala fide accipiat et sic qui locus esse possit quaestioni, an qui accipit, debeat necne restituere.

Ut ergo ratio doctrinae A., pateat, adverte duplicem fieri posse hypothesim: scilicet fur, qui dedit, vel manet potens restituere vel fit impotens. Si manet potens ad restituendum, valet doctrina A., cuius ratio clara est et recipiens perinde se habet sive nesciat sive sciat in re data haberi quid furtivum; haec enim scientia non constituit possessorem malae fidei nisi consentiat aut cooperetur furto; quia quod accipit, iam in dominium dantis transierat. Cum vero fur debito teneatur restitutionis et valeat restituere, nulla per talem acceptionem iniuria fit domino rei furtivae.

223. A. vero silet de altera hypothesi, si nempe fur fiat impos ad solvendum. Iam vero in hac hypothesi adesse potest mala fides accipientis, quando nimirum qui rem accipit, sive titulo gratuito sive oneroso, conscius sit impotentiae debitoris ad solvendum creditoribus, sive inducat illum ad dandum, sive solum acceptet rem gratis vel cum onere oblatam. Porro in hac ipsa hypothesi differt conditio accipientis mala fide et accipientis bona fide. Nam qui mala fide accipit h. e. conscius fraudis et damni creditorum, eo ipso iniuriam iis facit et peccat peccato iniustitiae contra eos; cooperatur enim impedimento, quo debitor reddit sibi impossibilem solutionem. Lug. disp: 20. n. 116. Tenetur proinde is ad restitutionem, sive rem adhuc retineat sive consumpserit.

Adverte quod Lugo id affirmat sive accipiens inducat debitorem ad dandum sive mere acceptet. Non diffitetur Lugo alios, ut Molina disp. 328. et 330. et Lessium l. 2. c. 20. dub. 16. aliter sentire; eo quod, ut ait Lessius, qui non inducit, non est causa cur ille det, sed, supposito quod ille dare velit, acceptat utens iure suo; neque enim iustitia vel caritas obligat, ut negligas tuum commodum, etiamsi per accidens sequatur alteri tantundem damni. Hanc sententiam vocat Lugo probabilem, propter eius Auctores: monet tamen contrariam communiter tradi a Theologis. Et sane, ut ipse ibid. arguit, non minus causat quis damnum creditorum, simpliciter acceptando, quam inducendo ad dandum; eo quod ad damnum creditorum non minus conducit acceptatio haec quam inductio; cum inductio eatenus damni causa efficax sit, quatenus ille acceptat. Quod probat et Laymann l. 3. tr. 4. c. 17. n. 30.

224. Si vero rem accipiens a fure, bona fide accepit, ignorans scilicet rem esse alienam et hinc damnum creditorum; etsi debitor reapse fiat impos ad solvendum, qui tamen accepit, ad nihil tenetur. Non sane ratione rei acceptae; quia haec erat in dominio dantis et dominium valide est translatum: non ratione iniustae acceptionis; quia intercessit bona fides.

Ratio scilicet restituendi vel rem exstantem vel id, in quo factus est ditior, esset quia res furtiva cum eo onere transiit etiam ad possessorem bonae fidei, eo quod adhuc erat sub dominio prioris domini. Cf. Lugo

disp. 17. n. 12. Atqui id est contra hypothesim, furem nempe per commixtionem evasisse eiusdem rei dominum.

225. S. Alphonsus n. 612. obiicit primo contra ipsam hypothesim, valde scilicet probabile esse, quod priori domino maneat dominium rei suae admixtae rebus debitoris sive retinere cum debitore dominium in illum acervum; quae est sententia Lessii, quam dedimus n. 210. Verum haec magna probabilitas nondum est sufficiens ratio obligationis imponendae, cum satis sit probabilis doctrina, per commixtionem dominium acquiri rei commixtae, manente utique obligatione personali restitutionis; quod certe valet, si de pecuniis agitur. Cf. n. 211.

Ait deinde s. Doctor peccare contra iustitiam qui accipit rem a debitore impotente solvere creditoribus. Sed nos loquimur de eo, qui bona fide accipit, in quo peccatum iniustitiae non apparet atque ipse s. Doctor n. 722., ad quem lectorem remittit, loquitur de accipiente mala fide.

226. * Addendum dictis ab A. iuxta communem regulam: dominum rei adhuc exstantis posse illam a quolibet possessore bonae fidei recuperare et quanticumque possessor illam ab alio emerit, non teneri dominum ei pretium solvere. Dicitur *dominus rei*, supponitur scilicet rem non transiisse in dominium furis n. 222. seqq. Dicitur *exstantis;* si enim res solum in aequivalenti manet, hoc iam est in dominio alterius. Secunda pars huius regulae satis ex iure naturae clara videtur: dominus enim ius habet ad id quod suum est, quo iure invitus nequit a quolibet spoliari: porro neque ex contractu neque ex delicto tenetur is compensare damnum possessoris, qui actionem habet in eum, a quo rem accepit. Haec tamen altera pars modificationes passa est a modernis legibus, qua de re locuti sumus *de Iustitia et Iure* n. 420. seqq.

Imo iure naturae haec ipsa regula exceptionem patitur, si quis rem furtivam modico pretio emit, ut eam reddat vero domino, eo quod videat aliter eam dominum non recuperaturum aut saltem magnum subesse periculum, ne sit recuperaturus. Nam in hac hypothesi censetur emptor utiliter agere negotium domini: quocirca utroque in foro cogetur dominus solvere illud modicum pretium, ait Lugo disp. 17. n. 2. citans Covarruvia, qui multis adductis id probat, quem sequuntur Molina et Lessius.

Addit Lessius l. 2. c. 14. n. 20., probante Lugo l. c. n. 4., quod si magno vel pene aequali pretio rem redemisti, licet non possis totum pretium exigere a domino; quia non utiliter eius negotium gessisses, is tamen tenebitur ad aliquid arbitrio prudentum refundendum nimirum quantum ipsius negotium utiliter gerendo impendere potuisses. Quoad istud enim perinde te habebis ac in praecedente casu.

Quod autem dicitur de emente rem furtivam modico pretio, ut eam

domino reddat, dicendum pariter de eo qui emit, dubitans an sit furtiva, eo quidem animo ut domino reddat, si is diligentia adhibita inveniatur, secus ut sibi retineat. Nam haec conditionata voluntas retinendi sibi non impedit quominus domini negotium utiliter sit gestum. Lugo l. c. n. 5.*

ARTICULUS II.

Quid debeat restitui ab inferente iniuriam formalem seu a malae fidei damnificatore sive possessore.

LXXVIII. Resp. Id iuxta supradicta aestimandum a quantitate tum iuris quod alter habet, tum damni, quod iniuste infertur, cui aequale reddi debet, nisi aliud de damnificati mente et consensu rationabiliter praesumatur.

227. Responsio generalis est et primis principiis constat, quae deinde applicantur in resolutionibus.

Perpendatur discrimen inter bonae fidei et malae possessorem vel damnificatorem. Quoad priorem enim mensura obligationis sumitur ex eo, quod rei alienae quidpiam apud eum supersit vel in se vel in aequivalenti, non vero ex laesione iuris alterius: quoad alterum vero obligationis norma est damnum illatum, sive apud damnificatorem res ablata supersit sive secus.

Unde resolves

LXXIX. 1. Si damnificatus habeat ius in re, in qua damnum est passus, restitutio ei facienda est in solidum; si autem tantum habeat ius ad rem, restitutio facienda est pro quantitate iuris, consideratis circumstantiis; quia non debetur solidus valor rei, quae exspectabatur, cum tantum sit in spe et multis modis possit impediri.

228. Aliud est, quod spectat ad proprium commodum, habere pecunias, aliud ius ad recipiendas pecunias a creditore atque aliud est habere frumentum in horreo vel vinum in cella vinaria, aliud spes haec ex suo colligendi. Cum ergo non eundem valorem habeant res, prouti vel possidentur, vel adhuc quomodocumque dubia est eorum possessio, hinc diversa taxa imponenda damnificatori iuris in re et iuris ad rem et pro hoc secundo casu pensanda ea erit, prudentum iudicio, iuxta quantitatem spei, qua quis fraudatur. Ita v. gr. cum concursus habetur ad praemium, ad officium, ad parochiam et alter inique vel impedit a concursu vel fraudem in concursu facit in damnum aliorum, non pro re sed pro spe rei erit restituendum.

LXXX. 2. Qui in loco publico suae civitatis contra iustam prohibitionem pascit vel ligna caedit, non tenetur ad restitutionem, nisi communitati graviter nocuerit, v. gr. stirpes incidendo, arbores aedificiis idoneas sternendo; quia rationabiliter praesumitur mens Reipub. non esse, suis membris usum publicorum locorum rigidius prohibere, quam sub mulcta solvenda, casu quo deprehendantur.

LXXXI. 3. Gravius tamen peccaret et tenetur ad restitutionem, si quis pasceret in loco alicuius privati; etsi etiam hîc praesumi aliquando possit de consensu domini, qui saepe non intendit, ut fiat restitutio, sed ut deprehensus poenam luat.

229. Adde hac in re spectandas esse conditiones et consuetudines cuiusque loci proprias. Saepe sane contingit, ut neque silvae ad lignandum neque ad pascendum loca inculta habeantur aut si prata sunt, haec sint privati iuris, ut pro pabulo surrepto non mera mulcta quaeratur. Ergo istae regulae nequeunt utique in praxim traduci.

S. Alphonsus quidem n. 529. ut iam vidimus n. 72. moderatam caesionem in silva communitatis sive propriae sive etiam vicinae, non putat damnandam peccati saltem gravis; quia communitas iure censetur esse contenta mulcta solvenda, si caedens deprehendatur, ad quam proinde caedens tenetur. Quae quidem sententia s. Doctoris nectitur cum principio enunciato ab A. in fine resol. 3ae, spectandam nempe esse mentem et intentionem damnificati.

LXXXII. 4. Qui venantur vel piscantur in locis alteri locatis, vel alias prohibitis (saltem si ea conclusa vel circumsepta non sunt), non peccare mortaliter nec teneri ad restitutionem, docet Dian. ex Less. Dicast. etc. p. 9. t. 9. r. 39. contra Bon. etc.

230. Satis de iure venandi et piscandi in locis alteri locatis diximus in P. I. *de Iustitia et Iure*, a n. 186. seqq.

LXXXIII. 5. Etsi probabilius sit et in praxi communiter tenendum, peccari mortaliter circa vectigalium fraudationem ex eaque oriri obligationem restitutionis; non omnino tamen improbabiliter id alii quidam negant, eo quod consuetudo interpretetur non esse mentem legislatorum ad aliud obligare, quam ut deprehensi mulctentur. Vid. Nav. c. 23. Sà v. *Gabella*. Bonac. q. 9. p. 1. n. 5. ex Navarr. Fill. t. 28. n. 114. Less. Mol. d. 9. Laym. l. 3. t. 3. p. 1. c. 3. num. 4. et 5. vide etiam Dian. p. 1. t. 11. res. 38. et p. 2. t. 17 res. 38. ubi ex Caiet. Med. Soto, etc. docet non esse negandam absolutionem poenitenti, qui defraudavit gabellas seu vectigalia imposita rebus iis, quae emuntur non ad negotiationem, sed ad usus proprios, vel familiae necessaria, v. gr. pani, carnibus, piscibus, frumento, oleo etc.

231. De hac re dictum est in tr. *de Legibus* n. 146. seqq. Addere nonnulla licet. Et in primis notetur, fraudes hasce non versari circa plurima tributa imposita praediis, domibus, solo et huiusmodi: nam ista, saltem generatim, non praebent locum fraudi.

Quod spectat ad gabellas pro mercibus, A. restringit doctrinam ad res, quae non ad negotiationem, sed ad usus proprios emuntur. Et plures veteres doctores negarunt iustum esse tributum, quod imponitur solvendum ex rebus, quae communiter ad usum vitae humanae emuntur, ut ex pane, vino, oleo, carnibus; quia in his aeque imo plus gravantur pauperes quam divites. Ita plures citati a Lugo disp. 36. n. 24. Nihilominus alii iusta esse posse huiusmodi tributa censuerunt, ut probat ibid. Lug. n. seq.

Sane nisi imponantur tributa in iis, quae omnibus sunt necessaria, plurimi civium nihil solvent et sic tandem aequalitas non servabitur. Neque verum est iis gravari pauperes (excipe inopes et mendicos, qui nequeunt iis obligari) prae aliis; nam cum artifices, operarii et alii maiori pretio emant res tributis subiectas, ideo etiam maiori pretio laborem suum suasque operas vendunt divitibus, qui proinde compensationem illis solvunt pro ea iactura.

Ceterum oportet utique praesides reipublicae curare ut aeque pro cuiusque viribus onera huiusmodi distribuantur, nihilominus, « cum aequalitas geometrica adeo difficile obtineri possit nec consistat in indivisibili: illa via tenenda est, quae pauciora et minora incommoda habet, licet aliqua habeat; cum omnia prorsus vitari non possint et usus docuit minus turbari populum, quando haec tributa imponuntur, quam si a singulis pro mensura et ratione propriae facultatis exigerentur ». Ita Lugo l. c.

232. Tria quoad gabellas heic addenda. 1° Doctrina tradita l. c. *de Legibus* circa obligationem eas solvendi, valet, etiamsi princeps eas alicui locaverit. Nam qui gabellas conducit, non habet maius ius, quam habeat princeps. 2° Eadem de causa DD. communiter statuunt (v. s. Alph. l. 3. n. 617. q. 6.) creditorem regis posse, si alia desint media, se compensare, non solvendo gabellas (dummodo princeps sit, cui solvuntur), etiamsi eae locatae sint. Nec video cur id restringi, cum aliquibus apud s. Alph. l. c., debeat ad credita, quae praecesserint locationem; nam in contractu comprehendi videntur quaecumque accidentalia damna soleant obvenire. 3° Qui emit merces ab eo, qui fraudavit gabellas, etiamsi lex non dicatur mere poenalis, non tenetur ipse eas solvere. Ratio s. Alph. l. c. q. 6. est; quia gabella non est onus mere reale, gravans merces, sed est simul reale et personale, h. e. debitum quidem pro tali re, sed a venditore solvendum, non a quovis illam habente.

LXXXIV. 6. Ceterum ordinarie iniustus seu malae fidei damnificator aut possessor tenetur non tantum restituere rem ablatam et fructus perceptos (exceptis suis expensis et industria) sed etiam sarcire damnum emergens et lucrum cessans; cum vere sit iniusta causa talium damnorum. Unde, si dominus, re sua retenta, per culturam vel negotiationem percepturus fuisset ex agro suo aut pecunia centum florenos et alter parum vel nihil, debet is domino suo satisfacere pro centum illis florenis: quamvis communiter soleant domini plurimum remittere, si res componatur. Laym. l. 3. tr. 2. c. 4. n. 7.

233. Itaque quod spectat ad fructus, restitui debet 1° quod ex negligentia possessor non percepit et dominus percepisset: 2° quod possessor absumpsit aut perire permisit: 3° quod possessor percepit, etsi dominus percepturus non fuisset; quia res domino fructificat.

234. Quod dicitur de *expensis et industria*, certum est quoad necessarias, scilicet ad rem conservandam et percipiendos fructus, v. gr. in

agro excolendo. S. Alph. n. 618. addit intra parenth. negari a legibus actionem ad repetendas expensas *utiles*. At addi possunt tria ex Croix l. 3. p. 2. n. 221. 1° mitigatum fuisse earum legum civilium rigorem per alias leges et modo inspiciendae sunt leges cuiusvis loci propriae. 2° Cum lex sit poenalis (nam ex iure naturae, expensae cedentes in utilitatem rei et domini, exigunt ex se, pro modo utilitatis, compensationem), possessor etiam malae fidei, potest licite, si id queat exsequi, eas sibi subducere. « Compensatio haec, ait Laymann l. 3. tr. 2. c. 4. n. 4., in conscientiae foro et spectata naturalis iuris aequitate, non tantum locum habet in expensis necessariis... sed etiam in utilibus, quibus res melior et pretiosior effecta fuerit ». 3° Imo dominus eatenus solum potest negare hasce expensas, quatenus e sententia iudicis *imponentis poenam* potest licite lucrari mulctam : hoc autem supponit latam sententiam ; ergo ante latam sententiam nequit sua ipsius auctoritate huiusmodi expensas alteri denegare.

235. Advertendum tamen 1° expensas utiles, quae deducuntur, aestimandas esse ex commodo, quod domino obveniat, non ex qualibet possibili utilitate ; nequit enim dominus obligatus esse ad compensandas expensas utiles ita, ut ipsi non respondeat vera et proportionata utilitas. 2° Expensae voluptuariae non raro utiles sunt, cum rem efficiant cariorem et pretiosiorem. 3° Etsi autem quae ad meram voluptatem sunt absque utilitate, compensanda non sint: ea tamen alter auferre sibi potest et debent ei reddi, si id citra damnum domini fieri potest.

236. Tandem 1° iniustus damnificator tenetur utique ad reparanda damna : oportet tamen, haec fuisse saltem in confuso praevisa : eiusmodi porro censeri debent, quae communiter evenire solent. Secus ad damna extraordinaria, quae invincibiliter ignoravit, non tenebitur saltem ante iudicis sententiam.

2° Tenenda est regula generalis ab omnibus tradita circa restitutionem ratione lucri cessantis aut damni emergentis, quod nempe restitutio facienda est iuxta maiorem vel minorem certitudinem talis lucri acquirendi vel talis damni vitandi, quae aderat, attentis iis omnibus, quibus effectus impediri poterat. Lug. disp. 18. n. 133.

LXXXV. 7. Si res aliena, dum iniuste detinetur, crescat, ut pretium eius augeatur, domino crescit ac proinde id ei praestari debet. Vid. Laym. hic lib. 3. t. 2. c. 4.

237. Valoris rei augmentum duplex distinguitur: *intrinsecum*, ut si pullus equinus furtivus adolescat ideoque plus valeat : *extrinsecum*, ut si modius tritici, valens nunc tres aureos, postea, idem manens, propter raritatem tritici, valeat quinque aureos. Haec tamen distinctio in praesenti quaestione parum refert.

Cum quaeritur, quid, crescente valore rei apud furem, hic restituere

debeat, duplex hypothesis fieri potest, vel quod res adhuc exstet, cum restituere vult, apud furem, vel quod eam consumpserit (ad quod redit, si eam suis ita miscuerit ut eius dominium acquisierit). Seponenda hypothesis, quod fur augmentum valoris in suam converterit utilitatem; tunc enim ratione rei acceptae saltem restitutio esset facienda.

Certum est, in restitutione habendam esse rationem damni illati (ideoque et lucri cessantis) non solum per ablationem rei, sed et per iniustam retentionem. Hoc est principium sufficiens in hac quaestione (Lugo disp. 18. n. 121.): sed non a cunctis eodem pacto applicatur. Supponimus quod dictum est resol. praeced., licere iniusto possessori subducere expensas suas et suae industriae fructum.

Quandiu fur rem retinet, tenetur eam in individuo restituere, compensato damno emergente et lucro cessante et si interim valor rei crevit, crevit domino. In hac re nulla difficultas: verum quaestio erit, si cum restitutio fit, valor rei decrevit, an pro ratione compensandi damni, restituendum sit quoque augmentum valoris, quod obtinuit res exstans apud furem.

238. S. Alph. n. 621. tres casus proponit, quorum primus spectat potius ad resol. praecedentem.

1° Si occidis agnum alterius, qui modo valet 5., valiturum deinceps 10., satisne est, quod restituas 5., an debes restituere 10.? Probabilius est, ait s. Doctor, cum communi, quod satis sit, si 5. restituas. Ratio est; quia hoc est reapse damnum illatum et dominus, recepto pretio, poterit illud idem sibi comparare, quod ex agno sperabat. Unde sponte oritur exceptio, quam addit Lugo et probat s. Alph., nisi nempe aliunde damnum domino obveniat, quatenus scilicet vel non potuerit similem emere vel ob defectum pecuniae vel quia defuit opportunitas emendi; nam hoc pacto cessasset domino lucrum.

Haec est doctrina s. Thomae 2. 2. q. 62. a. 4.: damnificari scilicet aliquem dupliciter, uno modo in eo, quod actu habebat et hoc damnum restituendum semper esse secundum aequalitatem: alio modo impediendo ne adipiscatur quod erat in via habendi. « Et tale damnum, ait, non oportet recompensare ex aequo; quia minus est aliquid habere virtute, quam habere actu... Tenetur autem aliquam recompensationem facere, secundum conditionem personarum et negotiorum ». Atque hac doctrina censet in resp. ad 5. satisfactum quaestioni, an qui, semine sparso, in agro alterius effodit, debeat restituere totam messem futuram, advertens, quod qui semen sparsit in agro, nondum habet messem in actu, sed solum in virtute eaque potest multipliciter impediri. Redit ergo doctrina, quam dedimus ex Lugo n. 236. 2.

2° Cum varius fuit valor rei, si dominus consumpturus erat eam tempore vilioris pretii, fur vero consumpsit tempore aucti pretii, alii do-

cuere (et Salmant. probabile dicunt) satis esse, si restituatur pretium vilius; quia hoc et non aliud fuit damnum, quod passus est dominus. Quod tamen Lugo prorsus improbat disp. 18. n. 126.; eo quod fur rem, cuius pretium auctum est, consumens et sic extrahens ex dominio domini, damnum illius pretii infert domino, quod proinde compensare tenetur. Censet scilicet Lugo, semper illud pretium (non dicit illud solum) restituendum, quo res valebat tempore consumptionis factae a fure: cf. l. c. n. 127.

Haec sententia verior omnino videtur s. Alph. l. c., quia res fructificans domino fructificat, licet dominus non fuisset ex ea fructum quaesiturus.

Verum sententia prior, quam Theologi defendunt primi subsellii, citat enim s. Alph. Molina, Vasquez, Lessium, Laymann, probabilis certe est, ut et Salmanticensibus visum. Nam fur tandem tenetur ad reparationem totius damni illati: cur ergo tenebitur ad compensandum damnum, quod domino certe non erat obventurum? supponimus namque servaturum eum fuisse rem ad tempus minoris pretii. Cf. Laym. l. 3. tr. 3. c. 4. n. 5.

3º Si agnus furto sublatus est cum valet 5. et dum a fure servatur, pretium eius augetur ad 10. tum redit ad 5. et tunc consumitur, quodnam pretium restituendum est? Casus quoad substantiam non differt a praecedente. Quocirca s. Alph. l. c. penitus improbabile censet, quod sufficiat restituere 5.; quia illud augmentum pretii acquisitum est domino qui eodem fuit iniuste a fure privatus, ut idcirco, cum fur agnum retineret, inferret ipsi damnum non 5. sed 10.: hoc ergo restituendum est. Idem proinde dicendum foret, si fur vellet ipsum agnum, non a se consumptum, restituere: debitor enim semper foret illius augmenti, quo, cum olim exstaret, dominum privavit.

Et tamen severissimo Concina, ut ipse s. Doctor refert, aliter visum; adeo falsum est perinde esse probabiliorismum profiteri et a mitioribus opinionibus declinare. Animadversio autem facta in casu secundo heic quoque locum habet: inspiciendum nempe, an dominus servaturus fuisset necne agnum ad tempus minoris pretii; si enim servaturus fuisset, Lugo quoque cum Concina consentit. Ita enim disp. 18. n. 124. ait: « Quando dominus non erat rem alienaturus nec consumpturus, non teneris illud incrementum valoris pro tempore intermedio reddere postea domino; quia, sicut si periisset res furtiva absque culpa tua, eodem modo peritura apud dominum (cf. resol. seq.), non debes restituere, ita nec pro incremento illo pretii, quod periit apud te, eodem tamen modo apud dominum periturum, cum rem servaturus esset ad tempus decrementi pretii ».

239. Laymann l. 3. tr. 2. c. 4. n. 5. distinguit inter augmentum valoris intrinsecum et extrinsecum. Si de eo agitur, e. g. si pullus equinus surreptus adolevit apud furem, restitutio, ait, semper facienda est, secundum optimum rei statum, quem in manu furis habuit sive is equum

iam adultum alienaverit sive amiserit sive deteriorem fecerit. Ratio est, quia incrementum intrinsecum ad dominum rei spectat. Quod et probat l. *In re furtiva* §. 1. Dig. *de Condictione furtiva*.

Limitat tamen hanc obligationem Laymann ibid. inquiens: « sed limitari debet: nisi ita res comparata sit, ut licet iniquus possessor rem in optimo statu restituisset, a domino tamen non divendita etc., sed servata, similiter deterior facta esset: tunc satisfacit iniquus possessor restituendo rem in statu deteriore, ad quem, sine culpa tamen sua, pervenit. Ratio est, quia in hoc casu fur per moram restituendi nullum reipsa domino damnum intulit ».

At si augmentum valoris extrinsecum fuit eo quod, re eadem manente, pretium variavit, putat Laymann, satis esse, si vel alius modius e. g. frumenti eiusdem generis ac bonitatis reddatur, vel pretium eius, secundum taxationem temporis, quo fit restitutio. Et ratio est, quia augmentum istud, potius quam fructus rei, est fructus industriae. Quae ratio est sane difficilis; nam quae industria est hominis, si rara exsistente messe, pretium frumenti crevit? Omnis industria in eo est, quod rem alienam possideat ex eaque lucretur. Itaque, seposita hypothesi industriae furis, quae habere profecto locum potest, idem dicendum erit in casu augmenti extrinseci ac intrinseci (a).

(a) Secundum doctrinam traditam dicendum videtur, quod, si pretium rei ablatae decrevit infra valorem, quem habebat cum ablata fuit et dominus servaturus eam erat usque ad tempus diminuti pretii, si fur tunc restituturus, pretium rei exsolvere debeat, satis erit si minus pretium reddat. Nam sic compensatur omne damnum, quod dominus subiit. Si vero dicas, quod cum quis damnificatur in eo, quod actu habet, restitutio facienda est secundum aequalitatem, ut audivimus a s. Thoma; cum autem res ablata est valens 10., hoc valore privatus est dominus, cui proinde non fit satis, si reddas 9.: eodem pacto respondebit s. Alphonsus, dominum rei fuisse pariter dominum augmenti illius, quod res obtinuit apud furem exsistens; quia res fructificabat domino ideoque et tunc dominum privatum fuisse re, quam actu habebat et hanc restituendam esse. Illud etiam displicet, quod ex iniusta dilatione restitutionis fur emolumentum sit percepturus. Si enim rei consumptae pretium redderet, ut deberet, cum pretium eiusdem crevit, profecto hoc pretium maius reddere teneretur; res enim restituenda tantundem valet: differtur restitutio ad aliud tempus et obtinet iniuria quidem maior domini at non modica utilitas furis.

Patet autem discrimen opinionum situm esse in applicatione principii. Certum est, pro obligatione restitutionis requiri non solum iniuriam, sed *iniuriam efficacem damni:* s. Alph. videt iniuriam efficacem damni, cum fur rem, cuius pretium auctum est, non restituit; alii non vident, si dominus rem servaturus erat ad tempus minoris pretii.

Ceterum, ratione habita eorum, quae in quaestione *de Mutuo* dicenda erunt, cum in praesenti societate, quaelibet pecuniae summa fructum quemdam ferre valeat et sive impendatur in negotiationem sive secus, iam ex communi existimatione valorem quendam habeat respondentem fructibus ferendis, non videtur licere amplius loqui more veterum, qui in quaestione de pecunia furto ablata, distinguebant inter eam, quam dominus impensurus fuisset in negotiationem et eam, quam fuisset servaturus otiosam. Quemadmodum enim hodie, pro qualibet pecuniae praestitae summa, etiamsi

LXXXVI. 8. Si res aliena, dum iniuste detinetur, pereat aut deterior fiat idque casu vel iusta hostium incursione vel naturaliter et certum sit apud dominum aeque perituram fuisse, non tenetur alter restituere: quia nihil novi detrimenti domino apud furem v. gr. accidit, quod non apud ipsum. Si vero non fuisset peritura apud dominum vel saltem nonnisi per iniuriam, tunc iniustus detentor adhuc tenetur ad restitutionem, licet sine culpa sua res perierit. Laym. tr. 2. c. 4. n. 2.

240. Casus est, quando perit res aliena sine culpa detentoris et aeque peritura fuisset apud dominum. S. Alph. 260. statuit principium: Iustitia commutativa non obligat ad restituendum, nisi damnum reipsa accidat et nisi furtum fuerit causa efficax damni. Hinc conclusio prima huius Resolutionis. Sic si apud furem ex inundatione fluminis, si ex naufragio, si ex urbis conflagratione res sublata perierit peritura aeque apud dominum. Sed melior aut saltem clarior videtur ratio, prout ab Auctore exponitur. Ratio A. est; quia nihil novi detrimenti domino apud furem accidit, quod non apud ipsum accidisset. Laymann lib. 3. tract. 2. cap. 4. n. 2. ait: « ad restitutionem non obligatur ratione rei acceptae; quia nihil ex ea possidet: non ratione iniustae damnificationis; quia nihilominus sine culpa furis res peritura erat ». Et allegat l. *Si vehenda*. Dig. *de lege Rhodia de iactu* §. 1. « Si ea conditione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriorem, cum id sciret te nolle fieri, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto (locato) cum priore nauta actionem. Paulus: Imo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset ».

Si autem quaeratur, quomodo sine satisfactione exstinguatur obligatio restitutionis iam ab initio contracta per iniustam acceptionem: respondet l. c. s. Alph., exstingui eventu illius communis periculi, quo fit ut reapse nullum damnum ex furto obvenerit domino: porro non est facienda reparatio damni, nisi iniuria fuerit causa efficax damni, quod heic non habet locum. Cf. n. seq. 242. (a).

---

eam secus servaturus fuisses otiosam, iure exigis quoddam lucrum: ita videtur quod et pro pecunia sibi furto ablata dominus ius habeat exigendi praeter eam, fructus civiles a fure; nisi velimus fures esse feliciores quam mutuatarios. Loquimur de *pecunia;* quia ipsa praecipue est obiectum eius contractus, quo fructus acquiritur: at quoniam quaelibet merces valorem cuiusdam pecuniae repraesentat et in eam converti potest, quod de obligatione furis pro ablata pecunia dicitur, valere videtur pro quavis merce ablata. E.

(a) Codex italicus id quidem concedit, si de debitore agitur, etiamsi is sit in mora, cum res aeque peritura fuisset apud creditorem, cui fuisset reddita, art. 1298. §. 1.: verum subdit §. 3.: « quocumque modo pereat aut amittatur res furtiva, non dispensatur fur a restitutione valoris ». Poterit censeri lex poenalis ideoque non obligans ante sententiam iudicis. E.

241. Quoad 2. part. « Distingue varios casus. 1° Si non periisset apud dominum: v. gr. quia tu amisisti, vel furto tibi sublata est, vel incendio domus tuae perit, non peritura apud dominum: tu debes restituere.

2° Si periisset apud dominum per iniuriam; v. gr. vides aut praevides, alios furto ablaturos horologium, vel domum incensuros. Si ipse rapias, illos praeveniendo, in te recidit onus illud restitutionis, quod secus in alios refundendum erat. Si tamen cum tu rem aufers, aliis quoque praedantibus, puta militibus (quorum tamen actioni tu non cooperaris) pretium rei imminutum propterea fuit; ad restitutionem teneberis eius solum valoris, ad quem tunc res devenerat: cf. hunc casum apud Laym. l. c. et cf. Lugo disp. 18. n. 77.

LXXXVII. 9. Si res aliena apud iniquum detentorem pereat idque ipsius culpa aut quia is absumsit, alteri donavit, destruxit etc.: tunc, etiamsi domino relicta fuisset certo peritura, nihilominus tenetur pro ea domino satisfacere, ut est communis apud Laym. l. c. Less. etc.

242. Exemplum sit; heri furto sustulisti frumentum, pernam, caseos, tabulam seu picturam pretiosam: hodie vero domus e qua furatus es, ita incendio corripitur, ut certo peritura fuissent quaecumque abstulisti. Profecto teneris ad restitutionem rerum ablatarum; quia semper in eius dominio manent et si eas vel absumas vel destruas vel dones, iniustum domino damnum infers et ad restitutionem teneris.

Vide autem discrimen inter hunc et priorem casum resol. 8. Si enim fortuito sine culpa furis res apud eum pereat, quae similiter apud dominum periisset, fur non est causa interitus, ideoque non tenetur ex titulo iniustae damnificationis; quia iniuriam tantum intulit auferendo, sed ablatio non est causa damni, quandoquidem etiam non ablata iam periisset. Contra si fur absumat rem ablatam, heic et nunc ipse est causa interitus ac proinde restituendi obligationem ex hoc titulo contrahit ratione iniustae laesionis, licet dein sciatur, rem nihilominus perituram fuisse.

Discrimen etiam sic Lugo docet disp. 18. n. 76. Nam in priori casu equus a te ablatus adhuc est domini eique perit quoties sine alterius culpa perit; non periit autem culpa furis, cum furtum, ut supponitur, non fuerit causa cur perierit. In alio autem casu, si equum occidis, tu causa es, cur res pereat et es causa iniusta, ideoque perit tibi, quatenus damnum resarcire debes.

243. Censent quidam fieri posse, ut a fure absumatur res, alioquin peritura, sine onere restitutionis, *aut certe cum restitutione non exaequante rei in se spectatae valorem,* videlicet, ut aiunt Lessius et Vasquez apud Laymann lib. 3. tr. 2. cap. 4. n. 2., quando res absumatur eo loco et intra illud tempus, quo peritura apud dominum fuisset. V. gr. hodie abigis ovem ex grege Titii statimque absumis: cras vero integer grex

fulmine perit: a restitutione, inquiunt, immunis es; quia patet, ovem fuisse perituram, etsi furto non fuisset sublata. Item si praevideas domum Titii incendio perituram, non teneris ad restitutionem, si cum sociis vini dolium, quod ab incendio alioquin eripi non posset, absumas. Ratio, quia res in iis adiunctis nullius pretii sunt et ideo dominus rationabiliter invitus non potest esse.

At Laymann ibid. merito priorem casum ita propositum non admittit; secundum vero cum distinctione resolvit, quam sententiam et Lugo sic proponit disp. 18. n. 76-77.: « Quando, inquit, periculum ignoratur, res tantum valebat, quantum si peritura non fuisset. Hinc illud vini olium si venditum fuisset, pretium domino iustum deberetur, etiamsi dein periturum ex incendio fuisset. Ergo qui tunc aufert, totius debiti fit reus et totum onus restituendi in se suscipit. Quando autem notitia adest impendentis interitus, tunc restitui solum debet, quantum attenta notitia periculi res valet, v. gr. cum ingruentibus hostibus ad diripiendam domum, res, iam in praedam cessurae, nullius sunt pretii. Itaque si tu prius rem illam destruxeris, solum ad id teneris quod in eo statu valebat. Veruntamen si prius a direptionis vel incendi periculo liberasti et in tuto collocasti et dein destruxisti, ad totum valorem teneris, deductis solum expensis pro labore eripiendi etc.

Addit Gury §. 647., ex iure romano et gallico, quocumque modo res perierit in manibus possessoris malae fidei, ad restitutionem hunc teneri: non videri tamen ad restitutionem obligandum ante iudicis sententiam, nisi et obligatio intercedat ex iure naturali. Quod profecto tenendum est.

LXXXVIII. 10. Qui fingens se pauperem vel alium, quam est, extorsit eleemosynam, non tenetur restituere, si parva fuit, qualis ostiatim mendicantibus datur: secus, si fuit magna; tunc enim, quia subintelligitur conditio haec (si pauper est), tenetur restituere secundum Molin. danti: secundum Palaum, vel danti vel aliis pauperibus. V. Escob. t. 3. E. 2. c. 6. n. 109.

244. Clara res est.

LXXXIX. 11. Qui in extrema necessitate consumpsit, quod ante acceperat commodatum, conductum, vel precarium, non tenetur restituere; quia nec ratione rei acceptae, cum ea nec in se nec in pretio exstet nec ratione acceptionis, cum iure eam consumpserit nec ratione contractus, cum hic non obliget, nisi re pereunte tua culpa. Less. Hurt. Trull. Dian. p. 5. t. 8. r. 10. Imo probabiliter ne id quidem, quod ante illam necessitatem erat furatus, et in ea consumpsit; quia furtum illi non ademit ius, quod ad rem in tali casu habebat. Con. Pal. Hurt. Dian. l. c. r. 8. contra Less. et Vasq. sicut neque si in ipsa necessitate accepisset et consumpsisset. Dian. l. c. r. 9. ex Azor. et 6. aliis contra Lessium.

245. S. Alphonsus n. 624.: monet, mutuatario rem consumenti in ea necessitate, superesse debitum, quia non alienam sed suam rem con-

sumpsit; res siquidem mutuata transit in dominium mutuatarii. Ceterum est generalis lex, per extremam necessitatem non exstingui debita sive obligationes. Cf. sis dicta a n. 31. ad 38.

246. *Locutus est A. de possessore *bonae* et *malae* fidei: nihil dixit de possessore *dubiae* fidei, de quo s. Alph. quaestionem movet n. 625.

Iam vero 1° si possessio bona fide incepit ac dubitatio postea superveniat; diligens quidem inquisitio facienda est, ut veritas detegatur, ne possessor sciens et prudens se exponat periculo possidendi alienum; at perseverante dubio rem retinere potest, iuxta dicta in tr. *de Instit. et Iur.* n. 291. et heic n. 214.

2° Si dubium ab initio captae possessionis exstitit, revocandum est primo, quod l. prius cit. n. 293. dedimus ex Lugo. Perseverante autem post debitam diligentiam dubio, Gury §. 652. III. distinguit post Lugo disp. 17. nn. 80. 81. duplicem hypothesim. Vel enim rem accepit absque titulo per se valente transferre dominium, spolians alium re, quam bona fide possidebat et tunc, perseverante dubio, debet totam rem ei reddere, a quo abstulit; quia melior est conditio possidentis et ei, qui abstulit, possessio non favet.

Si autem rem accepit titulo emptionis, donationis etc. debet, perseverante dubio, plus minusve pro quantitate dubii, restituere. Non potest totum retinere; quia dubium obest: nec totum reddere debet; quia, exsistente dubio, titulus aliquid operatur. Ita censet et s. Alph. l. c.

Haec tamen doctrina, auctore Lugo n. 83., probabiliter ab aliis limitatur, si qui dubia fide incipit possidere, accepit eam titulo emptionis vel simili *a possessore bonae fidei;* tunc enim, si post debitam diligentiam adhibitam perseverat dubium, uti potest, iure illius, cui succedit et rem retinere sibi. Ita Molina tom. 1. disp. 36. et Sanchez *de Matrim.* disp. 41. n. 28.

3° Possessor dubiae fidei, inquirere culpabiliter negligens, domino comparenti tenetur non solum rem reddere, sed et damna compensare ex rei detentione oborta, quatenus reapse ipse causa dici possit horum damnorum.

Domino autem non comparente, non est obligandus talis possessor ad omnia restituenda pauperibus; quia tandem certum non est eum possidere aliena nec tamen omnia retinere potest, cum nunquam simpliciter affirmare possit, res esse suas: restat ergo ut pro quantitate dubii seu pro probabilitate, quae erat reperiendi domini, restituat ipsi in pauperibus. Cf. Lehmkuhl. V. 1. n. 958. Gury §. 652. 3. et s. Alph. l. c.*

Articulus III.

De restitutione ob occisionem aut mutilationem etc.

XC. Resp. Iniustus occisor, mutilator in conscientia tenetur tantum restituere pro damnis bonorum fortunae, quae ex tali occisione, vulnere etc. directe ab eo causata sunt, iuxta prudentis arbitrium: praecise autem pro vita, membro vel cicatrice nihil tenetur restituere secundum rigorem, cum sint bona altioris ordinis, quae pecunia aestimari non possunt. Ita contra Sotum, Sylv. etc. probat Less. l. 2. c. 9. d. 23. V. Laym. l. 3. t. 3.

247. Dicitur secundum rigorem; quia DD., licet communiter teneant compensationem non faciendam ex obligatione, quia damnum non est reparabile; simul tamen monent (vid. s. Alph. n. 627.), congruum esse, ut confessarius imponat pro poenitentia vel ex aequitate, aliquid laeso elargiendum, iuxta illud s. Thomae 2. 2. q. 62. art. 2. ad 1.: « Quando id, quod est ablatum non est restituibile per aliquid aequale, debet fieri compensatio, qualis est possibilis, puta cum aliquis abstulit membrum, debet ei recompensare vel in pecunia vel in honore, considerata conditione utriusque personae, secundum arbitrium boni viri ».

* Rationes doctrinae A. scil. quod secundum rigorem nihil sit restituendum, affert Lugo disp. 11. sect. 1. Arguit primo ex lege veteri Ex. XXI. 18. 19. quae naturali iuri certe non derogavit et tamen pro percussione ac vulnere non aliud exigit, quam ut operas percussi et impensas eius in medicos restituat. Tum ex lege civili, quae nullam mentionem facit obligationis restituendi pro compensatione vitae ablatae aut mutilationis aut vulneris, praeter restitutionem pro expensis et operis. Cf. l. 1. *Praetor* §. *sed cum* Dig. *de His qui effuderunt* etc. « Sed cum homo liber periit (ex re deiecta), damni aestimatio non fit in duplum; *quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest* (in servo scilicet fit ratione damni illati domino), sed 50. aureorum *condemnatio* fit »: est scilicet poena. Cf. et alias leges a Lugo citatas.

Rationes vero ex ipsa rei naturae petitae huc redeunt, quod sit impossibilis ea restitutio, quam iustitia commutativa imponere posset. Restitutio enim ex iustitia commutativa debita eo spectat ut laesus habeat quod suum est et quo per iniuriam privatus est: haec est sane aequalitas, quam intendit iustitia commutativa. Atqui per quamlibet pecuniae collationem non fit ut homo habeat manum, qua mutilatus est, quemadmodum fit ut habere possit equum occisum; nam emere ea potest aequalem idemque percipere emolumentum: ergo ope pecuniae impossibilis est ea restitutio, quam pro mutilatione exigere posset iustitia commutativa. Fieri quidem potest, ut homini laeso plus placeat certa pecuniae summa,

quam displiceat iactura manus: semper tamen verum erit, per compensationem pecuniae non fieri eam aequalitatem, quam intendit iustitia commutativa. Sed tunc certe locus erit consilio s. Thomae superius recitato.

Porro ratio allata generatim ostendit, pro bonis superioris ordinis non posse restitutionem postulari ex bonis ordinis inferioris, ut pro privatione bonorum spiritualium exigatur compensatio in bonis temporalibus, pro laesione honoris compensatio in pecunia etc. Peccatum tamen eo gravius est, quo laesio est irreparabilis.

Sententiam A. communiorem dicit et probabiliorem s. Alphonsus n. 627. Cf. resol. 4m. *

Unde resolves.

XCI. 1. Qui occidit ebrius alium, si ebrietas non fuit culpabilis et voluntaria, vel, licet fuerit talis, si tamen homicidium vel non praevidit, vel diligentiam debitam adhibuit ad cavendum, non tenetur ad restitutionem: tenetur autem, si praevidit et non cavit, Bon. d. 2. q. ult. s. a. p. 1.

248. Res patet ex alibi dictis de voluntario in causa.

XCII. 2. Qui occidit Caium, putans esse Titium, tenetur ad restitutionem; quia actio ista est Caio iniuriosa. Bon. l. c. ex commun.

249. Videtur adhibenda aliqua distinctio: videlicet onus restitutionis, si sermo sit de foro conscientiae, respondere debet culpae theologicae. Si ergo occidisset, prouti volebat, Titium, tenebatur profecto ad reparanda damna, quae implicite voluit. At si ex errore pro Titio occidit Caium, non potest dici, implicite aut explicite voluisse damna, quaecumque oriebantur ex Caii occisione. Ex. gr. sciebam, Titio filiolum esse, cui ob patris occisionem defuissent alimenta: Titio interfecto, ad haec suppeditanda teneor; at non aeque voluisse damnum censeor, quod sequitur ex morte Caii habentis quatuor filios et uxorem, omnes victu indigentes: nesciebam enim nec volebam Caium occidere. Ergo in conscientia non tenear hac obligatione, nisi error ipse mihi imputandus videatur, eo quod non satis caute ac vigilanter egi: qua quidem in re gravis merito censetur quaecumque minima diligentiae omissio.

At quaestio est: si nulla imputari ipsi negligentia possit, ad quid tenebitur?

S. Alphonsus n. 628. refert eorum sententiam, qui dicunt, occisorem ad nihil teneri; quia homicidium respectu Caii est mere casuale et involuntarium. Putat autem s. Ligor. hanc quaestionem non aliter esse solvendam ac aliam: an nempe qui volens incendere domum inimici Titii, incendat domum Caii amici, teneatur ad restitutionem et idcirco ad eam remittit, inquiens in idem has quaestiones coincidere. Ipse autem

sequitur sententiam eorum, qui dicunt ad nihil teneri; unde hanc quaestionem heic etiam nos tangemus.

250. S. Alphonsus n. 629. mentem suam aperit, quam communem esse dicit doctis iunioribus et praesertim doctissimo suo magistro, illustrissimo Episcopo Torno: recte autem mentionem facit *recentiorum*, quibus placuit; nam, ut A. indicat, si veterum et paulo vetustiorum sententiam inquiramus, opposita est *communis*. Sententia ergo s. Doctoris est « non teneri ad restitutionem, modo is non intenderit, ne confuse quidem, incendere domum alterius quam Titii; nempe si non fuerit sic animo *actualiter* saltem implicite comparatus, quod etiamsi scivisset domum esse Caii, adhuc incendisset; quia tunc censetur damnum intulisse Caio, non ut Caio, sed ut domino domus et ideo tunc cuique domino damnum resarcire debet. Secus vero, si nullum alium intenderit laedere, quam Titium inimicum, invincibiliter credens domum esse Titii. Ratio, quia ad obligationem restitutionis, quae oritur ex damnificatione principaliter facta propter iniuriam, requiritur *iniuria formalis*, nec sufficit iniuria *materialis* et sola effectiva sine animo, sicut nec sufficit iniuria tantum affectiva opere externo non completa, ut esset haec. Card. enim Lugo sic loquitur: Cum ego intendo damnum inferre Titio, animo illi tantum iniuriam irrogandi, quocumque alio excluso, si postea per errorem invincibilem laedam Caium, iniuria respectu Caii non est formalis et affectiva, sed dumtaxat materialis et effectiva ac mere accidentalis; cum mihi non fuerit animus eum laedendi nec in particulari nec in generali et ideo non teneor illi restituere damnum quod oritur ex iniuria (a). Nec obstat dicere, quod ad obligationem restitutionis satis est intendere aliquam actionem iniustam et eam exsequi (haec est ratio Bonacina *de Rest. in partic.* disp. 2. q. ultim. sect. 2. punt. 2. n. 8.). Nam respondent DD. citati, quod ad onus restitutionis ratione damnificationis

(a) Verba Lugo ex disp. 17. n. 76. haec sunt. « Furtum (idem dic de alia quavis iniuria) non potest esse voluntarium sub ratione furti, nisi sit voluntarium sub ratione iniuriae: iniuria autem non potest esse voluntaria sub ratione iniuriae, nisi sit voluntaria prout alicui irrogatur; nam iniuria in suo conceptu essentiali est respectiva nec potest praescindere ab eo, cui irrogatur... Sed in casu nostro non est voluntaria, prout irrogatur domino. Cui enim domino? non Petro (a quo res ablata); quia ipse non est dominus atque ideo non fit ei vera iniuria, sed existimata. Non enim Ioanni (cuius est res); quia prout est iniuria Ioannis ignoratur: ergo prout sic, non est voluntaria. Sed neque est voluntaria, prout est iniuria alicui homini vage et in confuso; quia quando accipis rem illam, putas nullum alium esse dominum, nisi Petrum: ergo prout est iniuria cuiuslibet alterius, praeter Petrum, non est voluntaria; quia prout sic, ignoratur omnino. Restat ergo, quod secundum realem rationem, quam habet iniuriae, non sit voluntaria ». Hic discursus evidentior est cum de simplici damnificatore agitur, quam cum de fure, propter discrimen indicatum a Lugo n. 75. (cf. n. 258.). Porro concludit Lugo n. 77.: « Haec ratio, ut verum fatear, difficile potest solvi ». E.

non sufficit sola actio materialis iniusta, sed insuper requiritur actio *formaliter* seu *voluntarie iniuriosa* in alterum, qui laeditur. Haec autem actio *iniuriosa* voluntaria deest in casu nostro, cum accidat actio *praeter intentionem*, quae non est alicui *formaliter* iniuriosa; si enim intendo tantum laedere Titium et quemcumque alium excludo, tunc neminem voluntarie offendo: non Titium; quia de facto is non laeditur: non alterum; quia respectu istius, mea actio est prorsus involuntaria et ideo error est circa substantiam ».

251. Sed fateor, hanc sententiam solidam non videri, sive intrinseca spectes argumenta sive extrinseca. Quanquam enim in re nostra aliquid efficere utique auctoritas possit et vim censeatur habere, quando ea induit saltem praesumptionem, non sine ratione quidpiam affirmari; ast ubi rationes istae deficiunt et quae afferuntur, se vi destitutas produnt; auctoritas profecto non est argumentum idoneum ad suadendum.

252. Ut ab auctoritatibus incipiam, allegat s. Alphonsus pro se primo Leandrum, ac statim Molinam. Quod spectat ad Leandrum, nescio, unde hanc allegationem s. Alphonsus sumpserit, quam signat tr. 10. q. 28. et sic prostat citatio quoque in editione ultima post belgicam, imo et in editione P. Haringer et P. Heilig. Non satis idoneus allegandi modus. Nam Leander dividit opus suum in *septem partes* et singulas partes in plures tractatus: cuius ergo partis tractatus decimus allegatur? Praeterea nulla est ex septem partibus, quae habeat decem tractatus; quomodo ergo reperiemus tractatum decimum, qui nuspiam reperitur? Nec satis; nam tractatus non dividuntur in quaestiones, sed in disputationes; disputationes autem dividuntur in quaestiones. Cuius ergo disputationis allegatur 28ª quaestio?

Percurrere tamen volui opus et inspicere omnes quaestiones vigesimas octavas et solum in q. 28. disp. 16. tract. 2. part. 5. inveni quidpiam huc spectans, ubi quaeritur: « An qui lapidem direxit in avem vel quadrupedem et fortuito hominem transeuntem occidit, irregularitatem contraxerit? ». Et respondet negative, si diligentiam adhibuit.

At haec non faciunt ad rem. Ut ad rem facerent, quaestio esse deberet: *An irregularitatem contrahat ille, qui occidit hominem, quem putavit esse Petrum, sed re ipsa est Paulus*. Debet scil. esse casus, in quo quis vult et scit se hominem occidere et de facto occidit; sed reperit occisum hominem esse alium ab illo, quem putabat.

253. Veniamus ad Molina. Porro Molina de homicidio illo Caii, de quo s. Alphonsus idem sentiendum esse dicit ac de incendio, sic aperit mentem suam tom. IV. disp. 30., ubi contendit, puniendum esse poena homicidii ordinaria eum, qui intendens iniuste occidere Petrum, ex errore interficit Paulum, credens eum esse Petrum.

Duo, inquit n. 2., in Pauli interfectione spectanda sunt: unum est *interfectio iniusta hominis:* alterum est interfectio hominis singularis, puta Pauli. Porro poena homicidii statuta est pro interfectione hominis dolosa, non vero pro interfectione hominis cuiuspiam determinati. Atqui interfectio illa Pauli, quatenus habet rationem iniustae interfectionis hominis, fuit dolosa: facta enim fuit ex intentione homicidii circa eum hominem committendi et per accidens est, quod dolo careat, quatenus ad Paulum terminatur. Ergo ex eo quod illud homicidium, in ratione homicidii vere dolosum, careat dolo quoad individualem determinationem Pauli, non sequitur impedimentum, quominus puniatur ordinariis poenis pro doloso homicidio statutis.

Confirmatur et declaratur. Quando in delicto aliquo datur scientia delicti coniuncta cum ignorantia invincibili alicuius circumstantiae, quae delicto vel gravitatem vel diversam speciem addit; tunc sicut ignorantia illa excusat a culpa, quae ex circumstantia illa resultaret, ita excusat a poena, quae circumstantiae respondet; sicut autem haec ignorantia non excusat a culpa pro ea parte, cuius scientia aderat, ita nec a respondente poena et oneribus excusare potest. Ita si quis intendat iniuste occidere aliquem, quem invincibiliter ignorat esse aut clericum, aut suum patrem aut fratrem, excusabitur quidem cum a culpa, tum a poena sacrilegii aut parricidii, at non excusatur a culpa commissi homicidii iniusti et ideo neque excusatur a poena pro doloso homicidio commisso. Ergo a pari qui dolosam intentionem habuit occidendi iniuste hominem ac reipsa illum interfecit, etiamsi hunc dolum haberet coniunctum cum ignorantia, quod talis homo esset Paulus, non excusabitur a poena ordinaria, quae doloso homicidio debetur.

Addit egregie idem Molina ibid. n. 4.: in hac iniusta Pauli pro Petro occisione, tria spectari possunt, 1° delictum seu peccatum interfectoris: 2° iniuria facta reipublicae: 3° iniuria facta Paulo interfecto, quae in propinquos eius heredesque redundat.

At vero delictum, uti patet, seu peccatum tantum est tantaque poena dignum, ac si occidisset Petrum, quem se occidere arbitrabatur. Formaliter enim fuit interfectio iniusta ac dolosa Petri et fuit reipsa materialiter et formaliter interfectio iniusta ac dolosa cuiusdam hominis, quem accidit esse Paulum, quem occidere non intendebat: ex eo autem, quod interfectio iniusta ac dolosa sit potius huius individui naturae humanae quam alterius, utique neque aggravatur neque extenuatur culpa delicti homicidii.

Quoad iniuriam in rempublicam seu detrimentum boni communis quam ulcisci ad rempublicam spectat, nec minus delictum nec minori poena dignum est, quod unus aut alter fuerit interfectus.

Denique quoad iniuriam Paulo ac coniunctis eius factam, negandum non est, iniuriam esse leviorem ac delictum minus indignum, ut condonetur ac remittatur; indeque fieri, ut obtenta prius horum remissione..., facilius a republica obtineat gratiam.

Ex quibus patet, voluntarietatem atque adeo rationem culpae deficere posse quidem quoad aliquas circumstantias delicti substantiae extrinsecas et quoad consectaria earum circumstantiarum, non vero quoad delicti substantiam et quoad consectaria ipsius substantiae. In casu autem nostro deficit *offensa*, quatenus deest malus laedentis animus erga hanc personam particularem, quae tamen non impedit, quominus substantia iniuriae sit dolosa et iniusta ac plane voluntaria.

254. Sed audiendus Molina, dum obiectiones solvit. 1° Inquiebant alii ibid. n. 1. abesse heic dolum, quia nullo modo intendebat occidere Paulum, quin potius nulla ratione occidisset, si novisset eum esse Paulum amicum. Respondet autem (ibid. n. 5.), abfuisse dolum comparatione Pauli, C; comparatione hominis cuiusdam, qui praeter intentionem *iniuste et cum dolo occidentis,* fuit Paulus, N. Porro ut homicidium sit dolosum, satis est si cum dolo fuerit commissum.

2° Comparabant occisorem cum eo, qui in rixa interficit eum, qui se mediatorem interponere voluit: quem profecto nec volens nec intendens occidit. Resp. In casu mediatoris interfecti, interfectio dolosa non est, neque quatenus interfectio cuiusdam hominis, nec qua interfectio huius, sed tota quoad omnem rationem suam formalem est praeter intentionem interficientis. Interfectio vero Pauli dolosa est quoad rationem in ea inclusam interfectionis iniustae cuiusdam hominis, licet dolosa non sit quod circumstantiam personae Pauli, quae tamen nec a culpa nec a poena excusat.

Neque, ut Molina advertit l. c. n. 3., comparandus est casus noster cum eo, de quo in l. *illud* §. ultim. et l. *Si cum servo* Dig. *de Iniuriis* agitur, sc. quod si quis volens servum suum percutere, praeter intentionem atque invitus percutiat hominem liberum, huic non datur actio adversus percussorem. Etenim qui voluit percutere servum suum, iure suo utebatur. Ergo cum 1° nihil peccaverit nec iniuriam fecerit, dum servum intendit percutere: 2° percussio vero hominis liberi sit praeter intentionem; nulla iniuria in hominem liberum facta est.

255. Et sane solum ex confusione quadam, a praecedenti haud absimili, factum videtur, ut nonnulli in contrariam sententiam devenerint. Exemplum sumo ex Tamburini *in Decal.* lib. 6. cap. 4. §. 3. a. n. 24. ad 33. et ex Sporer, qui e Tamburinio exscribit, tract. 5. in 5. Praecept. cap. 3. §. 5. a n. 203-206.

1° Uterque statuit, non esse homicidam atque adeo nec excommu-

nicationem nec irregularitatem incurrere nec onus restitutionis (nam restituendi obligationem cum aliis poenis coniungunt: cum tamen facilius quis a poenis legum positivarum, quem a restitutione excusari possit, quia poenae sunt strictissimae interpretationis), quando adhibita diligentia ne, volens feram occidere, forte hominem occidat, casu fit, ut interficiat hominem: licet forte hic fuerit inimicus, ut actionem concomitans ignorantia afficeret. Haec nemo negat.

2° Si quis velit occidere id, quod ferane sit aut homo non satis distinguit, sicut etiam num laicus sit vel clericus, sed quidquid sit, vult occidere, fatetur Tamburini n. 25., si sit clericus, occisorem esse et homicidam et excommunicatum et irregularem; quia 1° affuit malus affectus ac dolus: 2° affuit opus externum completum. Et id concedimus.

3° Si vis occidere Petrum et per accidens fortuito, ac praeter intentionem tuam occidis Paulum, qui illac casu transiens suscepit in se ictum, nec homicida es, nec obligaris ad restitutionem, nec fores irregularis, nec excommunicatus, si esset clericus (ibid. n. 26.). Bene, quia externum opus, quod scilicet ictus caderet in transeuntem, praeter intentionem fuit.

Hinc si iacis saxum ut clericum ferias et interim alius clericus fortuito adveniens suscipit in se vulnus, non es excommunicatus; quia hinc defuit opus externum, hinc malus animus.

256. Porro ex casu hoc postremo Tamburini n. 29. rationem sumit ad affirmandum tanquam probabile, non incurri excommunicationem, si volens occidere quis Petrum clericum, ex errore interficiat clericum Paulum; nam inquit, aliquid esse simile. At, reponit Sanchez *de Matrim.* lib. 9. disp. 32. n. 27., in eo disparitas est, quod in altero casu et affectus et opus ipsum externum sunt penitus mala et iniusta: siquidem affectus fuit clericum percutiendi et adfuit voluntas caedendi illum clericum, putando eum esse alium similiter clericum sequutumque est opus. In altero autem casu solus affectus malus fuit, qui non inducit irregularitatem aut excommunicationem; opus enim externum illius percussionis fuit omnino praeter voluntatem ac proinde culpa vacans.

257. Ceterum cum ageretur de excommunicatione incurrenda in praedicto casu, qui negativam sententiam tuentur, hac ratione utuntur (Tamb. n. 29.), quod actio exterior non fuit voluntarie admissa nec Paulus a te est affectus iniuria. Et ob hanc rationem probabilem putant suam sententiam. At enim prompta est responsio: Non fuit voluntaria clerici percussio, N.; nam videbas esse clericum: non fuit voluntaria *Pauli,* Transeat. Item: non fit iniuria clerico, quem scienter percutis et interficis, N.: non fit iniuria Paulo, qua persona haec est singularis, Tr. At excommunicatio fertur in voluntariam occisionem Clerici et in eiusmodi iniuriam

Clerico illatam; ad id autem nihil refert, si occisus sit potius Petrus quam Paulus.

Porro ubi agitur, an sic alium occidens debeat restituere, nullam aliam habent rationem praeter allatam, ubi agebatur de Excommunicatione; quasi scilicet interfectio dici debeat involuntaria. Atqui quisque reponet: Est involuntaria quoad hominis occisionem dolosam, N.: quoad hanc personam determinatam, Tr. Porro obligatio restitutionis, uti patet, oritur non ex eo, quod haec potius quam illa persona passa damnum fuerit, sed ex damno dolose illato.

258. Allegant verba Lugo disp. 17. n. 75.: « Dices: si volendo occidere Petrum inimicum, occidis Paulum amicum, quem videns a longe non agnovisti et putasti esse Petrum, quem eo loco paulo ante reliqueras, non committis homicidium voluntarium nec *fortasse* homicidium; quia illa occisio procedit ex ignorantia, quae causat involuntarium: ergo similiter si putas, te furari rem Petri et accipis rem Pauli, non committis furtum. Responderi ad hoc posset, quidquid sit de antecedenti, negando consequentiam: est enim differentia; nam in primo casu erras circa substantiam actionis; non enim vis occidere illum hominem quem occidis, sed alium: quare illa actio *videri potest* involuntaria. At in secundo casu error non versatur circa substantiam actionis: vis enim accipere et furari rem istam, circa quam non erras, sed circa dominum illius, quod non pertinet ad substantiam usurpationis huius rei; quare ista actio secundum se est tota voluntaria ».

At in primis haec est *obiectio*, de qua dein Lugo pronunciat: *Quidquid* sit de *antecedenti*. Et cum paulo post subdit: *potest videri involuntaria*, satis innuit, se de ea specie loqui, quae adversarii menti obversari potuit.

Deinde quidquid sit de discrimine, quod Lugo statuit, inter occisionem et usurpationem, ut in alia error sit circa substantiam, in alia circa qualitatem: (quod quidem discrimen negare alius posset et sicut Lugo substantiam furti collocat in voluntaria ablatione rei alienae domino invito, sic posset alius substantiam homicidii statuere in voluntaria ac dolosa occisione hominis, ipso invito rationabiliter Valentia disp. 5. q. 8. p. 1. assert. 3.: Occisio hominis ea ratione proprie est illicita, quod per eum privetur homo vita rationali contra rationem et voluntatem suam rectam); sed quidquid sit, subsumo: ex Lugo error tunc foret circa substantiam, si errarem in ipsa re, quam surripio, vel destruo; Quaero igitur: Bertoldus ex invidia vult occidere equum Ubaldi, quia velocissimus est palmamque et praemia refert in certaminibus: ingressus noctu stabulum, licet nosset locum, errat tamen, quia sedes equi fuerat mutata et alium equum ferit et occidit. Numquid vero error erit circa substantiam adeo

ut non teneatur ad restitutionem? Et quid differt ab errore in occidendo Paulo, quem puto Petrum (a)?

259. Occisio, inquit, videri potest involuntaria. At voluntarium aut involuntarium heic dicitur pro scientia vel ignorantia. Eatenus ergo involuntaria dici poterit occisio, quousque se ignorantia porrigit. Atqui ignorantia non sane se porrigit etiam ad id, quod formalem homicidii rationem constituit et a quo oritur obligatio restitutionis. Ergo.

Et sane fac: Petrus statuat recidere nervos brachii Ioannis operarii, dum dormit cum aliis operariis in cubiculo obscuro: ex loci obscuritate fiat, ut nervos praecidat brachii Bartholomaei. Satisfiet ne Bartholomaeo aut eius familiae, quae pane carebit, dicendo, involuntarie id factum? Nam cum Petrus id facinus aggressus est, ipse et voluit ponere et posuit eam dolosam actionem, ex qua damnum illud secuturum videbat. Cur ergo non subibit onus restitutionis? Involuntaria, inquiunt, est amputatio brachii Bartholomaei. Atqui voluntarium debet dici quidquid noscit aut nosse debet et non nosse non potest: porro quisquis amputet hominis brachium, hoc certe ignorare non potest, damnum homini, quicumque demum sit, eventurum et aut Ioanni aut alii certe damnum illatum iri, neque statuere potest, si erret, nemini damnum obventurum ex actione sua.

260. Proferunt (vid. Tamburini l. c. n. 35. et Sporer l. c. n. 206.) responsum Romanae Congregationis s. Officii, quod irregularis non fuerit habitus, qui mandaverat homicidium, quia mandatarius ex errore alium occiderat.

Sed reipsa id ad quaestionem praesentem nihil attinet. Nam cum relate ad alium non exstaret mandatum, hoc satis erat, ut effectus mandati dati non censeretur secutus. Mandatum fuit occasio, non causa delicti.

261. Ceterum mirum est, undenam ad hasce quaestiones et conclusiones quidam alii devenerint.

Primus, quem noverim, Molina tom. 3. disp. 723. disputans de restitutione fructuum, ad quam tenetur possessor malae fidei, haec praemittit n. 3.: « Tertia conclusio: Si a principio, quando aliquis emit aut alio titulo possidere coepit, dubitavit, an ea res esset aliena et postea constet alienam esse, tenetur ad restitutionem omnium (ad quae nempe tenetur qui mala fide coepit possidere). Si vero e contrario postea constet, non fuisse alienam, ad nullam restitutionem tenetur ».

(a) Reponerent, puto, quod cum alium equum occidis, iniuriam facis illi eidem, quem intendebas et in cuius iniuriae intentione situm est peccatum: at occidens Paulum pro Petro, non ei facis iniuriam, quem intendebas; sed alterum intendis, alteri damnum infers. E.

Probaturus autem secundam partem, haec habet n. 4.: « Licet peccaverit, eam cum illo dubio accipiendo, animo sibi illam retinendi; quia tamen re vera non erat aliena, sed propria eius, qui iusto titulo ipsam in eum transtulit, utique dominium eius comparavit ac proinde ad nullam restitutionem tenetur ». Poterat addi alia ratio, scil. quod retinens rem cum dubio, iniuriam fecit, sed *non damnosam;* atqui si iniuria damnosa non est, nulla est obligatio restitutionis.

Deinde vero subdit ibidem hanc aliam hypothesim: « Quod si dubitans, an esset cuiusdam tertii, illam accepisset: attamen dato quod illius tertii non esset, credens esse eam sibi tradentis, illam accepisset ac proinde se in eo eventu comparare illius dominium (obscura phrasis: sed vult dicere: si accipiat, dubitans an res sit cuiusdam tertii, ita tamen, ut credat, illam, si non sit huiusce tertii, certe esse illius, a quo emendo eam accipit ac proinde in ista hypothesi se acquirere illius dominium), tunc si postea compериretur, non fuisse quidem illius tertii, ceterum esse cuiusdam alterius: sane cum adversus dominum illius non peccaverit contra iustitiam neque iniuste illam retinuerit, credo, illi solum teneri ex parte rei acceptae et non ex parte iniustae acceptionis ac proinde illi non teneri, nisi quoad id, quod ex re illa et ex fructibus illius remanet et quantum ex non exsistentibus locupletior fuerit effectus ».

262. Porro 1° heic agitur de eo, qui acquirit iusto titulo: 2° qui tantummodo dubitat, quo dubio non est possessor bonae fidei; quia dubitat rem esse alienam: 3° qui tamen adigitur ad restitutionem, si detegatur, reipsa rem esse alienam: 4° qui excusatur a restitutione, si rem reipsa detegat fuisse propriam illius, a quo emit: 5° Qui denique excusatur, si dein constet, non fuisse illius, de quo dubitabat, sed fuisse cuiusdam alterius, de quo nullum dubium exstiterat et respectu cuius propterea bona fide possederat.

Et aliae quidem conclusiones nulla laborant difficultate; postrema vero ad generaliorem hanc formam reduci potest: 1° quando iusto titulo volo rem acquirere, nullam facio iniuriam illis, quibus ius esse aliquod in eam rem nulla suspicio mihi est aut esse potest. Quod ergo ad istos attinet, bona fide ago et propterea si ius ipsorum detegeretur, nihil ipsis debeo nisi quod debent possessores bonae fidei. 2° Conditio haec mea relate ad istos nullatenus mutatur ex eo, quod dubitem v. gr. de fratre venditoris et quidem ita dubitem, ut si falsa haec suspicio sit, hoc unum reliquum sit, ut fuerit venditoris, a quo ipse emi ac propterea bona fide retinere rem possim. 3° Quemadmodum licet peccaverim, rem emendo cum illo dubio, tamen si deprehendo rem, non esse alienam, non teneor ad restitutionem: ita si falsa sit unica suspicio v. gr. de iure fratris venditoris, non teneor ipsi restituere. Quod si detegatur, rem esse alterius

ex illis, de quibus nulla suspicio mihi inesse potuit, agendum velut cum iis, quibuscum bonam fidem habebam.

Status hic bonae fidei relate ad reliquos inde etiam patet, quod si emens cum dubio habuisset animum non quidem absolute retinendi, sed conditionate, si res non fuisset illius, de quo suspicio suboriebatur, planissima erat bona fides.

Et haec quidem, sic explicata, satis plana sunt et aequitati conformia.

263. Ast alii, quasi Molina confutantes, statum quaestionis plane immutaverunt. Ita Sanch. *in Decal.* lib. 2. cap. 23. n. 157. fingit, Iacobum v. gr. credere, rem a se possessam esse Petri, cum tamen sit Ioannis, licet id Iacobus ignoret. Quaerit autem Sanchez, bonaene an malae fidei possessor sit Iacobus? Et respondet: « Vere et absolute est possessor malae fidei, cum *novit rem non esse suam* et nihil refert ignorantia, cuius vere sit, cum cuiuscumque sit, teneatur ratione iniustae acceptionis, utpote qui rem alienam scienter usurpat ». Et hac conclusione profitetur se velle discedere a conclusione Molina, quam mox memoravimus. Atqui prorsus perperam; cum diversus plane sit status quaestionis: unde nihil mirum, si discrepent conclusiones ita, ut utramque recipere nulla difficultate possimus. Et sane Molina agit de mero *dubio*, quod utique exigit, ut de ipso inquiratur, sed quod tamen, si expelli diligentia adhibita non possit, ex DD. sententia saltem ex parte dominium permittit; Sanchez vero agit de eo, qui certo putat, rem alienam esse: 2° quod multo maioris est momenti, in casu a Molina proposito supponitur iustus emptionis titulus, qui rei dominium conferat, nisi obstet unicum illud, quod se menti offert, dubium: in casu Sanchez contra supponitur vere certum, rem non suam esse sed alienam, licet erretur in supponendo vero rei domino neque proinde locus datur, rem suam habendi, etiamsi detegatur non esse illius, qui dominus putabatur; nam cum semper censeatur ut certum, rem esse alienam, inquisitio deteget quidem alium esse dominum, sed semper relinquet certitudinem, rem esse alienam.

Ergo detecto errore in casu Molina, nihil obstat, quominus possessor fiat bonae fidei: contra vero in casu Sanchez semper possessor erit malae fidei; quia semper aliena esse res detegitur.

264. Attamen hypothesis Molina ita confusa est cum hypothesi Sanchez (idque ex Sanchez inadvertentia) (a), ut s. Alphonsus n. 629. ad §. *idem etiam* dicat, se utique recedere a Molina *quoad furtum* et praeferre

---

(a) Mirum esse debet, quod Sanchez ab hac sua inadvertentia ne emerserit quidem, cum advertit ibid. n. 157., Molinam alibi tom. 1. disp. 63. n. 12. docuisse sententiam oppositam illi, quam ei ipse adscribit et conformem idcirco doctrinae, quam ipse profitetur. Ita enim Molina eo loco: « Si quis rem aliquam possideat *mala fide* credens esse Titii v. gr., cum tamen non sit illius, sed Sempronii, comparatione cuius nullam malam fidem habet, quin potius invincibiliter ignorat rem illius esse, sane non praescribet eam adversus Sempronium etc. ». Quem locum Sanchez pro sua sen-

sententiam Sanchez; attamen Molinae putatam doctrinam se admittere quoad casum domus incensae. At quaero, estne ulla inter duos casus similitudo, casum nempe apud Molina et casum domus incensae? Profecto apud Molina hypothesis haec est, quod si dubium obortum, ne res sit Petri, falsum sit, mala fides mea circa illum non obsit, quominus bonae fidei sim quoad reliquos; quia nullo exstante dubio relate ad eos, merito retineo rem tanquam meam, quam iusto titulo emi. At in casu incensae domus numquid verum est, putare me posse, me non afferre cuique damnum et uti iure meo, si domus non sit illius, cuius esse eam puto? Emptor quidem in eo casu, sublato errore, certo noverat, se non facere cuiquam iniuriam: at qui domum aliquam incendit, nonne videt aperte damnum alicui necessario obventurum nec id tolli, etiamsi erret?

265. Quod attinet ad intrinsecas rationes, dicit s. Alphonsus, iniuriam in casu esse materialem et non formalem. Atqui ipse n. 536. definiebat cum Busembaum ita: « Iniuria damnosa duplex est, scilicet *materialis* ut v. gr. cum quis rem alienam destruit, accipit vel retinet bona fide, idest, probabiliter iudicans id sibi licere vel esse suam: et *formalis*, qua quis rem alienam destruit, accipit vel retinet mala fide, idest cum sciat vel scire possit ac debeat, id sibi non licere et rem non esse suam ».

Porro cum non ignoret in casu, domum, quam destruit, esse alienam idque verum esse, etiamsi non sit illius, cuius illam esse putat, profecto si sciens ac volens eam incendit, non materialem sed formalem iniuriam infert (a).

266. Ipse s. Alphonsus respuit ibid. n. 629. doctrinam eorum, qui hanc theoriam ad furtum deducebant. Non quaero heic, an prorsus iure. Nam Lugo sententia, quam refert, haec est: « Si fur rem iniuste accipiendo, vult illam absolute possidere, tunc saltem in confuso vult iniuriam afferre domino, quicumque ille sit: secus vero, si acciperet sub expressa conditione, si res sit v. gr. Petri; quia tunc non intendit absolute possidere ».

---

tentia allegat. At enim nonne melius fuisset mentem intendere ad casuum diversitatem, quam Molinam inducere sibi contradicentem, ut ibid. Sanchez facit?

Et quidem exemplum Sanchez egit in transversum etiam Lugo; qui quidem disp. 17. n. 73. excusare Molinam conatur, cur uno loco vocet illum, de quo agitur, possessorem *malae fidei*, alio autem possessorem *bonae fidei*. Et excusationem inde quaerit quod aliter accipitur *bona fides*, quando sermo est de *praescriptione* (de qua agebat Molina disp. 63. tom. I.), aliter, quando agitur *de restitutione*. Atqui (inquam) hac excusatione opus non erat; quippe proprior et melior responsio seu ratio excusandi aderat in *diversitate casuum* melius notanda.

(a) Cur non licet uti doctrina alias tradita a Lugo: In foro interno sequenda est sententia fori externi, cum haec praesumptioni falsae non nititur et iusta est? Porro in foro externo hic destructor rei alienae damnatur, non propter praesumptionem, quod voluerit damnum inferre Caio e. g., qui est rei dominus, sed simpliciter quia voluit hanc rem, quae est alterius, destruere, quod verum est. Nemo autem negat, hanc sententiam externi fori esse iustam. Cur ergo in foro conscientiae illi contradicemus? E.

Profecto si ita animo fur comparatus est, ut si res sit alterius quam Petri, non velit eam retinere, sed statim reddere: purificata conditione, peccasset pravo illo animo; sed non esset de facto fur; quod exinde patet, quod si putaret sibi licere sumere rem Petri et in dubio an sit Petri eodem animo conditionato rem sumeret, nullo modo fur dici posset.

Quidquid sit, s. Alphonsus non acquiescit illi doctrinae et rationem reddit hanc: « In furto enim non attenditur, cui volueris facere iniuriam, sed an vere volueris rem accipere invito domino ». At quaero: num in homicidio attendi non debet, quod quicumque sit occisus, semper in casu est privatio vitae, invito illo qui occiditur? Nonne idem valet de domo aliena incensa?

267. Ceterum hypothesis Lugo de furto manifeste ostendit, s. Alphonsum multo magis debuisse respuere doctrinam de homicidio aut damnificatione, quam de furto.

Nam hypothesis illa de furto conditionato, eiusmodi revera est, ut si res non sit illius, cuius esse putabatur, nullum damnum reipsa alteri inferatur; supponitur enim fur velle in ea hypothesi rem reddere et dominum servare indemnem: huic itaque nulla fit iniuria, nisi quod res ipsius subiiciatur experimento, quod homines non amant. At si rem destruat, conditio illa, non nocendi nisi sit Petri, non servat alios indemnes, si res sit alterius: multo vero magis si damnum, quod infertur, non sit reparabile, v. gr. si amputaret digitum, vel si famam laederet.

In damnificatione ergo ac multo magis in occisione nullus reliquus locus est excusationi sive a culpa sive ab onere restitutionis.

268. S. Alphonsus addit, in hoc differre obligationem restitutionis ob damnificationem a restitutione ob furtum, quod in damnificatione principaliter intenditur iniuria in personam domini et accessorie illius damnum; in furto autem principaliter intenditur lucrum iniustum et accessorie iniuria domini.

At restitutio est actus iustitiae commutativae, quae exigit, ut reducam eam aequalitatem, quam culpabiliter subtraxi et huic oneri adiaphora est intentio: nam teneor reparare damna, quae etiam minime intendam, dummodo praevideam.

Praeterea palam est, accidentale esse, quod in damnificatione principaliter intendatur iniuria in dominum. Certe venator, qui ut sequatur avem, conculcans segetes damnum infert, non intendit iniuriam principaliter inferre domino (a).

(a) Nihilominus cum sententiae, quam B. impugnat, non tantum suffragium Lugo et aliorum accedat, sed praecipue s. Alphonsi, non videtur inquietandus ille poenitens, qui eam vellet sequi. E.

XCIII. 3. Si laesus ante mortem omnia remisit, ad nihil tenetur occisor; quia filiis non fit iniuria in bonis, nisi quatenus laeduntur in patre contra eius voluntatem (volenti enim non fit iniuria): ergo sicut per eum ius acquirunt, sic etiam amittunt, etsi non recte faciat parens, si filii valde egeant. Less. l. 2. c. 9. d. 26.

269. Nota ex Lugo disp. 11. n. 60., remissionem, quam erga homicidam exigit confessarius ab vulnerato, tempore mortis, eam esse, ut is non habeat odium erga illum; secus enim non esset dispositus ad absolutionem. Ad hoc vero non requiritur, ut remittat obligationem satisfaciendi pro damnis aut renunciet ius accusandi eum criminaliter, ut puniatur. Hinc nisi haec expresse condonentur, non praesumuntur remissa.

270. Ceterum ad claritatem duplex damnorum genus distinguendum est. Alia enim sunt damna ipsi laeso illata, cuiusmodi sunt expensae in morbo factae et si quid per id temporis et eam ob causam perdidit vel ex operae intermissione vel ex omissa negotiatione aut impedito lucro etc. Quae omnia sane tenetur occisor compensare. Et haec quidem debita, sicut et alia, potest laesus remittere nec est qui de hoc dubitet; quamquam si pauper ita esset, ut ex suis bonis non haberet, quo impensas solveret, profecto non liceret remittere: quia iniuriam aliis inferret, qui ad eas solvendas forte cogerentur, v. gr. uxori.

Alia vero sunt damna, quae non ipsi laeso obveniunt, sed aliis. Nam, uti patet, ex cuiuspiam morte plures possunt pati damnum, videlicet *parentes, uxor, filii, fratres, sorores* et generatim consanguinei et affines, amici quoque, pauperes et praesertim *creditores*, qui forte suum recipere ea de causa non poterunt.

Et quidem resolutio quaestionis, quibusnam debeat occisor satisfacere pro damnis, quae passi quique sint, difficilis est, inquit Lugo disp. 11. n. 73. et quidam contenderunt omnia damna restituenda, quae occasione occisionis alii subierint, de quibus Lugo l. c. n. 75.: « Haec sententia, si de controversia speculativa sermo esset, optime posset defendi: in ordine tamen ad praxim et ad mores est omnino inutilis; quia est contra praxim omnium tam confessariorum, quam poenitentium et quia, si reciperetur, deberet etiam homicida restituere omnibus occisi amicis quidquid ab eius liberalitate vel sponte vel ipsis petentibus accipere sperabant, imo si frequenter eos invitabat ad prandium vel coenam, vel si pro eis intercedebat apud iudicem in rebus occurrentibus vel si intercessurus sperabatur... ad quae tamen in nullius mentem adhuc venit obligare homicidam, ut restituat ».

271. Auctor ress. 11. 12. 13. breviter complectitur, ut videbimus, sententiam Lugo, quae communior est et verior: heic vero cum non distinguat variam debitorum rationem, videlicet quae debeantur ipsi laeso vel aliis veluti heredibus eius iuris, quae vero debeantur aliis ob iniuriam illatam non quidem occiso, sed illis in ea occisione: hinc haec resolutio

evadit obscura. Hanc igitur quaestionem infra (sub citt. ress.) resolvemus, cum inspexerimus, quae sit debitorum ratio, quae occisor incurrit: tunc melius patebit, quid occisus seu laesus possit vel non possit remittere.

XCIV. 4. Etsi praecise pro vita, membro, occisione non sit obligatio restituendi: per sententiam tamen iudicis cogitur iniurians satisfacere pro iniuria.

272. Si quid pro vita, membris deberetur, id soli occiso aut vulnerato deberetur: qua de re iam locuti sumus ad resp. n. 247. Ex eo autem quod iuste possit iudex aliquam imponere satisfactionem, patet congruentia sententiae s. Thomae allatae l. c.

XCV. 5. Consilium est, ut confessarius pro his iniungat eleemosynas et Missas pro salute occisi.

273. Haec pariter pertinent ad restitutionem faciendam ipsi occiso, ob damnum ipsi illatum. Curari a confessario ut occisor procuret suffragia, ait A. esse in consilio, non in praecepto, h. e. non debere confessarium id iniungere, ut praeceptum restitutionis pro damno amissae vitae, sed decere ut id consulat. Per se doctrina vera est, iuxta dicta n. 247.: excipiunt tamen quidam, si occisor causa, occidendo, fuit, ne occisus tot suffragia haberet, quot ipse voluisset et sibi in testamento praecepisset fieri; tunc enim occisor hoc damnum reparare tenetur. Quae sententia verior videtur Lugo disp. 11. n. 3. Neque id repugnat iis, quae diximus n. 247.; nam restitutio non fieret in bonis diversi generis. Liberaretur, ait idem Lugo, occisor ab hac obligatione, si certum esset, occisum defunctum esse in statu peccati mortalis.

XCVI. 6. Si occisus, vel mutilatus fuerit servus, vel animal, tunc etiam pro vita et membris facienda est restitutio; quia horum vita pretio aestimatur ac proinde tantum debet restitui, quanti potuisset vendi et pro mutilatione, vel cicatrice, quanto pluris venderetur.

274. Nempe servi, non secus ac animalia, spectantur heic, secundum ius antiquum, ut res quaedam domini. Si ergo ii in deteriorem coniiciantur statum, facienda est compensatio domino. Et haec spectant ad damna occisi.

XCVII. 7. Pro expensis funeris nihil restituitur; quia illae aliquando faciendae tandem fuissent: nisi forte occasione illatae necis, v. gr. extra patriam, maiores fieri oportuerit.

275. Nihil addendum.

XCVIII. 8. Restitui debent impensae factae in curationem et medicamenta vulnerati vel occisi. Fill. t. 32. c. 8. n. 202.

276. Ab expensis pro cura et medicamentis vulnerati, deducendae sunt expensae, quas ipse, si sanus fuisset, facturus erat pro victu ordinario. Obligatio tamen compensandi expensas factas pro cura et medicamentis coarctanda est ad expensas necessarias, habita etiam utique ratione con-

ditionis et qualitatis vulnerati, non vero proferenda ad expensas superfluas. Lug. l. c. n. 32. Huiusmodi quoque expensae sunt in reparationem damni illati ipsi laeso.

XCIX. 9. Item lucra, quae ex mutilatione vel vulneratione cessarunt; non quidem tam in solidum, ac si de facto essent acquisita, sed pro maiore aut minore spe, quam laesus habuit illa acquirendi. V. Trull. l. 7. c. 8. d. 3.

277. Lucra, quae compensanda heic sunt, quia ex mutilatione, vulnere etc. cessant, dupliciter considerari debent. Nam alia spectant ad casum, quo percussus ipse, dum vivit, eo lucro privatur; alia vero ad casum, quo ob ipsius mortem damnum redundat non in ipsum occisum, sed in alios, v. gr. uxorem, filios etc.

Restitutio damnorum primi generis facienda est ipsi laeso et de hac illud notabo, fuisse qui dicerent, deducendum aliquid ex hoc lucro ratione laboris, a quo laesus excusatur; minus enim solvi debet dum quiescit, quam si laborare deberet, maxime si homo esset eius indolis, cui placeret otiari. Lugo tamen disp. XI. n. 33. advertit, hasce subtilitates nihil ad praxim valere; nam artifex posset reponere, utique otium sibi placere, at non illud quod provenit ex aegritudine et malle se sanum laborare etc.

278. Quaeritur autem quomodo facienda sit aestimatio lucri cessantis, respectu restitutionis pro eo faciendae: et quaestio esse potest tum quoad quantitatem lucri compensandi tum quoad quantitatem seu taxationem temporis, quo lucrum cessat pro quo est restituendum.

Prior regula est, iuxta Lugo l. c. n. 42., non esse restituendum totum valorem quem lucra vel opera haberent, quando reapse ponerentur; sed multum detrahendum. 1° Quia agitur de lucro non in re habito, sed in spe; lucra vero in spe minus valent propter pericula et impedimenta, quae evenire possunt: maxime vero incerta sunt lucra ex negotiatione.

2° Si vivat, qui laesus est, licet impeditus ab certo operum genere, potest tamen aliud genus lucri tentare; quare non censendum in casu cessare omne prorsus lucrum.

Quoad temporis taxationem (Lugo n. 43.) 1° Si laesus non moritur, sed mancus remanet, aequum est, ut toto quidem vitae tempore in singulos annos aliquid accipiat; attendendae tamen sunt vires et ceterae circumstantiae, quae forent, seclusa debilitate ex vulnere. Utque vitentur sollicitudines et scrupuli de hac re, utilius videtur uti transactione, componendo rem, ut vel unica vice, vel quidpiam in singulos determinatos annos solvatur. Huc referri potest casus percussionis aut mutilationis, unde damnum sit ortum ob deformitatem v. gr. puellae, que ideo innupta semper manere cogitur.

2° Si vero laesus moriatur (Lug. n. 44.), agitur de lucro aliis cessante, puta uxori, filiis. Tum considerandum venit 1° quodnam emolumentum

et pro quanto tempore uxor et filii accipere potuissent ex defuncti lucris: idcirco et 2° considerandum est quanto tempore potuisset vivere, si non occideretur, ille qui obiit. Quae omnia DD. iudicio prudentum determinanda relinquunt ex circumstantiis inspectis. Et in hoc quoque casu praestat sane compositione uti. Lug. n. 47.

C. 10. Si homicida a Magistratu plectatur, verius est adhuc teneri ad damna sarcienda, cum morte sua tantum satisfaciat iustitiae publicae, non heredibus occisi. Qui tamen, cum plerumque aliud non exigant, videntur esse contenti ac proinde heredes homicidae ad nihil tunc teneri. Fill. l. c. n. 214.

279. Fuerunt, qui dicerent, quando iudex condemnat malefactorem ad instantiam partis laesae, quae rogata nullo modo voluit remittere, eo ipso hanc videri; omnes alias satisfactiones remittere. Ita Salon. apud Lugo l. c. n. 48.

At contraria sententia et vera ac communis est. Ratio quia non minus tenetur homicida ad resarcienda huiusmodi damna iniuste illata, quam fur teneatur restituere pro furtis. Atqui hic non excusatur ab obligatione restituendi, eo quod puniatur supplicio etiam capitali. Ergo nec ille excusabitur. Lug. disp. 11. n. 48.

Addunt tamen aliqui, quod et Auctor habet, de facto excusari saepe delinquentem ab hac restitutione, eo quod illi, quibus restituendum est, vel contenti sint poena talionis, vel non curent de tali restitutione. Et Lessius lib. 2. cap. 9. dub. 22. n. 139 eo usque progreditur, ut absolute dicat *probabile esse*, ad nihil teneri.

Ad quae Lugo s. c. n. 49.: « Ego existimo, ex circumstantiis id iudicandum. Nam expensas in morbo factas et alia leviora eiusmodi damna non nisi pauperrimi desiderabunt compensari, post talem poenam. Si autem damnum esset satis grave, ut puta alimenta, quibus uxor occisi caret per totam vitam nec aliunde habet, unde iuxta suam conditionem commode vivat, non facile credam, quod positive condonet debitum illud. Quod a fortiori de filiis parvulis dicendum videtur, praesertim cum ii nec poenam homicidae petierint, nec sint capaces condonandi debita leviora, nedum graviora, quale illud est. Non enim video, a quo tunc remittatur tale debitum, cum eorum tutor non possit debita tanti momenti remittere, nisi forte petitio aut receptio talis debiti in dedecus ipsorum filiorum redundaret ».

Cl. 11. Debet autem restitutio fieri tantum parentibus interfecti, filiis et uxori; quia hi soli directe laeduntur: cum moraliter censeantur una persona cum occiso. Nisi tamen occiderit animo etiam nocendi aliis; nam tunc etiam his restituere teneri, dicit Card. Lugo *de Iust.* d. 11. n. 8. ex Less. V. Trull. l. c. d. 4.

280. In parentibus, filiis aut uxore interfecti duplex debet distingui titulus, propter quem ipsis aliquid ab interfectore debeatur: videlicet

1° titulus heredis, quo succedunt in omnia iura interfecti et 2° titulus damnificationis, quam ob mortem occisi passi sunt.

Si spectetur titulus hereditatis, tunc restitutio fieri debet non solum parentibus, aut filiis, qui dicuntur heredes necessarii, sed hisce deficientibus etiam illis, qui non sint heredes necessarii. Nam hi succedunt in iura interfecti; porro iam diximus, quaedam esse damna, quae illata sunt ipsi occiso, cuiusmodi sunt expensae, cessans lucrum etc. Et sunt vera debita *realia* ante obitum ipsius contracta.

Quod vero dicit Auctor deberi solis filiis, parentibus et uxori, pertinet ad compensandum damnum seu lucrum cessans, quod ex occisione aliis provenit, de quo diximus n. 271. Auctor heic significat, quibus ipse censeat talem compensationem ab occisore deberi: quae quidem sententia communior est et verior, ut inquit Lugo disp. 11. n. 77. et quod nemini alii debeatur huiusmodi restitutio, etiam s. Alph. n. 632. dicit esse sententiam probabiliorem.

Quod si nullus occisi esset heres, ubi occisor reipsa reale aliquod debitum contraxerit, de hoc debito eadem dicenda sunt, quae alias diximus de debitis incertis.

281. Addit Auctor exceptionem, *nisi occiderit animo nocendi etiam aliis et allegat Lugo*. Disp. 11. n. 80.

Advertimus tamen alias, doctrinam generalem, prouti proponitur a Cardinali Lugo, non ab omnibus admitti imo neque ab Auctore dub. 4. res. 2. Et sicuti pro ista doctrina allegatur etiam Lessius et reipsa Lessius id tenet, ita Lugo disp. 11. 82. 80. occasionem sumit advertendi, quomodo Lessius recidat in doctrinam, a qua alienus videbatur (vid. sup. n. 115.), actionem iniustam fieri posse ratione solius intentionis, quae accedat.

Cf. et quae dedimus n. 181. etiam ex Lugo, in quaestione, an ad restitutionem teneatur, qui ex odio impedivit alium a consecutione boni.

CII. 12. Etsi probabile sit, deberi etiam restitutionem creditoribus occisi, si quod damnum illis ex ea caede obvenit: contrarium tamen etiam probabile (saltem secundum limitationem casus praecedentis) est; cum occiso illa non sit directe causativa illius damni. V. Lay. l. 5. n. 4.

282. Laymann lib. 3. tract. 3. part. 3. cap. 6. n. 4.: « Creditoribus valde probabile est, latum damnum ab homicida resarciendum esse..... Nam occisus arctiore obligatione iustitiae tenebatur erga creditores, quam erga parentes, uxorem et filios; cuius rei signum est, quia his alimenta et hereditas non praestantur, nisi deducto aere alieno (quod forte nimis praepropere est dictum). Ergo si homicida damnum resarcire cogitur, quod uxori etc. occasione iniustae caedis accidit, multo magis creditoribus..... secundum iustitiae rigorem. Quamvis in praxi id non observatur».

Ast, ut apud Lugo advertunt alii disp. 11. n. 83., *rarissime* contingit,

ut occisor debeat restituere creditoribus, quia vix isti damnum pati possunt hac de causa. Vel enim, si occisus habet creditores, relinquit bona ad solvendum sufficientia et tunc ex iis fiat satis creditoribus: vel nec eis satisfacere potuisset, etiamsi viveret, magis quam satisfieri iis possit ex boni mortui et tunc propter eius mortem nil speciale patiuntur creditores. Adest tamen casus alius, scil. si vivens posset industria sua tantum lucrari, ut creditoribus reipsa satisfacturus putari posset. Ideo Lugo non dixit, *nunquam* contingere, sed *rarissime*, ut occisor debeat hoc titulo restituere creditoribus. Ex eo autem, quod damnum rarissime sequatur, infert Lugo id esse per accidens. Porro ex eo quod *per accidens* damnum creditorum nectatur cum occisione debitoris, secus ac damnum filiorum et uxoris, qui ratione strictissimi nexus videntur unum facere cum occiso, ut idcirco eorum damnum *per se* ex occisione sequatur: infert Lugo n. 79-81. cum aliis probabilissimam esse rationem sententiae et praxis communis negantis tale debitum; quia ab iis, quae remote et per accidens detrimentum proximo afferunt, non tenemur regulariter ex debito iustitiae abstinere. Addit tamen Lugo n. 77. limitationem; dummodo occisor non occiderit animo creditoribus nocendi, iuxta eius sententiam iam n. 281. citatam, idemque advertit sibi in hac re Lessium quoque consentire, ut ibi retulimus.

283. Ut in hac re discrimen pateat inter uxorem aut filios et creditores, adverte cum Lugo l. c. n. 84., obligationem occisoris ad compensanda damna uxoris non oriri ex obligatione occisi ad procurandum lucrum uxoris, sed quia occisor est causa damni, *quod necessario nectitur cum occisione illa*. Damnum autem creditorum non ita connectitur, sed raro et *per accidens*.

Ceterum etiam s. Alphonsus n. 634. fatetur, *communius et probabilius* occisorem erga creditores non teneri, nisi forte adesset causa, quam et Auctor notat intra parenthesim, videlicet occisio data opera procurata ad horum creditorum damnum obtinendum.

CIII. 13. Non tenetur occisor aliquid eis restituere, quos occisus alebat ex liberalitate; quia damnum illorum per accidens sequitur. V. Less. l. 2. c. 9. a. 26. Trull. l. c.

284. Unica limitatio est apponenda, quae est apposita antecedenti solutioni, nisi scilicet quis ob finem impediendae collationis illius liberalis quempiam occiderit.

285. Postquam distinximus, quaenam debeat restituere occisor, quae quidem reducuntur ad triplicem classem, nempe 1° ad damna quaevis et quorumcumque, quae data opera per eam mortem inferre voluerit: 2° ad debita realia contracta cum ipso laeso ante ipsius obitum: 3° ad compensanda damna obvenientia parentibus, uxori et filiis, resumenda est

quaestio proposita sub resol. 3. n. 271.: an et quae occisus remittere et condonare ante mortem possit.

Et duo quidem certa videntur, 1° posse condonare debita realia secum contracta, v. gr. expensas pro medicis, lucrum tempore morbi cessans etc. 2° Non posse remittere obligationem, quam occisor incurrit compensandi damna illata iis, quos apposite a consecutione boni alicuius impedire voluit per hanc occisionem: ratio est, quia occisus non potest disponere de iure aliorum.

286. At potest ne remittere obligationem, quam habet occisor in filios, uxorem etc.? Affirmat Sanch. *Cons.* lib. 1. cap. 4. dub. 12. n. 5.

Auctor resol. 3ª respondere videtur affirmative et rationem addit, « quia filiis non fit iniuria in bonis, nisi quatenus laeduntur in patre contra eius voluntatem (volenti enim non fit iniuria). Ergo sicut per eum ius acquirunt, sic etiam amittunt: etsi non recte faciat parens, si filii valde egeant ».

Quidam animadverterunt, utique licere id patri, dummodo tamen ista remissio seu donatio non evadat inofficiosa, nisi videlicet filii ea de causa priventur legitima portione. Alii (Salonius apud Lugo disp. 11. n. 62.) prae oculis habentes leges civiles hispanas (et hoc alius prae oculis habens alios codices proportionate obiicere posset), quae non nisi quintam totius assis paterni partem libere disponendam patri permittebant, negabant licere, si donatio hanc mensuram excederet.

287. Verum hi valde inadaequate videntur quaestionem considerasse. Nam istae quaestiones fieri solum possunt de bonis, quae hereditario iure transmittuntur; de his enim quaestio esse potest, an attingant vel excedant legitimam partem, adeo ut donatio fiat inofficiosa ac propterea rescindenda. Ad hoc autem bonorum genus nulla alia occisoris debita pertinere possunt, nisi quae diximus debita realia, quae ipsi laeso debentur et aliis debentur titulo hereditario, quo quidem titulo spectant ad alios, praeter filios, ad heredes scilicet non necessarios.

Verum est aliud genus debiti, quod non debetur laeso et quod aliis restituendum est alio titulo quam hereditatis in laesi iura: hoc autem inde patet, quod inter has personas numeretur etiam uxor, quae sane, ut notum est, non est ex iure communi heres necessarius mariti. Vid. sup. 280.

288. A. videtur, prae oculis ea sola debita realia habuisse, ut patet ex rationibus ab eo allatis: uti cum dicit, filios laedi in bonis solum in patre et per eum ius tam acquirere quam amittere. Et reipsa non iniicit heic sermonem de uxore; pro qua certe illa ratio non valet; neque enim ipsa laeditur in bonis solum in marito. Quaestionem ergo inadaequate solvit nec disputat de debito, quod contrahit occisor immediate cum filiis, uxore etc., sed solum de eo, quod immediate cum laeso, mediate vero cum heredibus necessariis.

Quaestionem quoad alteram partem vix sunt qui tangant (quod mirum debet videri), si excipias Lugo disp. 12. sect. 3.: cum tamen etiam Auctor memoret, debitum ab occisore contrahi erga occisi parentes, *uxorem* et filios (resol. 11.). Vis autem quaestionis ut intelligatur, inspiciendus titulus, cur occisor, qui absolvitur a resarciendis damnis aliorum, non tamen liberetur a resarciendo damno illato uxori occisi eiusque parentibus et filiis. Porro ratio peti debet, ut inquit Lugo disp. 11. n. 79., ex iis, quae generatim traduntur de obligatione non procurandi damnum aliorum et non praestandi id, ex quo damnum aliorum sequatur: qua in re principium illud statuitur, maiorem esse obligationem cavendi a causis alieni damni, ubi quae agantur per se connexionem proximam ac necessariam habeant cum illo damno: minorem vero aut etiam nullam, si damna connectantur cum actione mea solum remote ac per accidens. Porro in casu inter laesum eiusque parentes, filios et uxorem ea connexio datur, ut hi in laeso naturale habeant praesidium. Occisio ergo necessarium ac proximum nexum habet cum illorum damno. Tenetur ergo occisor ea damna reparare; quippe qui iniuste subtrahat illud praesidium, quod ex ipsa natura illi habent.

289. At enim si damnum ita illatum sit, ut damnificatis adsit ius compensationis, profecto hoc ius non acquiritur occiso, quin imo non acquiritur nisi post mortem occisi: vivente enim eo damna censentur debita realia erga ipsum in alios transmittenda ceu in heredes. Ius itaque acquiritur immediate illis aliis, quibus singulis iniuria illata est. Et id patet relate ad uxorem, quae profecto cum non succedat in iura mariti, nullum ius habere potest, nisi immediate ab ipsa acquisitum: atqui si ius hoc est damnificatorum et non occisi, hic non potest renunciare huic iuri; quia ius hoc non est suum.

CIV. 14. Nec tenetur ad damna, quae v. gr. provenient ex morte alicuius innocentis, qui per errorem putaretur homicidium fecisse et sic captus plecteretur; quia huius mors non directe causaretur ab ipso, sed per accidens et ex errore, vel malitia accusatorum. Vide Bon. d. 2. q. ult. s. 2. p. 2.

290. Quaestio in hac resolutione tangitur, an occisor teneatur ad reparanda damna innocentis, qui quasi auctor homicidii ex errore vel malitia accusatorum damnatus ad supplicium fuerit.

Restituere certe debet, si innocens coactus sit resarcire damna occisi, ad quae reparanda interfector iam tenebatur: sic si quis damnatus fuit solvere pretium bovis rapti, vel stabuli incensi, quorum damnorum tu fuisti auctor, tu debes innocentis damnum reparare. Teneris enim in conscientia ante quamlibet sententiam iudicis restituere et proinde alteri loco tui invite solventi damnum compensare.

291. At seposito hoc casu, quaestio est de damno quod innocens in persona sua subire debeat, puta carceris, mutilationis, extremi supplicii. Quidam affirmant occisorem non teneri ad restitutionem, si occisor non praeviderit damnum alteri innocenti sequuturum: secus si praeviderit. Haec sententia non recipitur communiter eamque negari s. Alphonsus n. 635. probabilius dicit; ratio, quia non censetur alteri iniuriosa actio, ex qua damnum proveniat non per se, sed ex errore aliorum et per accidens, utut error iste praevideatur; nam praevisio non immutat naturam rerum et actionum nec efficit, ut *in se* sit iniurium, quod *in se* iniurium non est.

2° Sunt, qui teneri occisorem negant ad restitutionem, si tantummodo praeviderit hoc alterius innocentis damnum; secus vero si reipsa intenderit, ut homicidium alteri imputetur. Lugo disp. 8. n. 81-85. Alii tamen huic sententiae quoad 2. partem non acquiescunt, et horum opinionem s. Alphonsus non dubitat dicere probabiliorem n. 636. Dissensio circa hoc inde oritur, quod quidam cum Lugo ex prava et directa nocendi intentione hoc restituendi onus repetunt (vid. disp. 8. n. 74.): alii negant eiusmodi intentionem sufficere, nisi et opus externum sit de se iniustum respectu illius. Non censetur autem iniustum in se opus, quando homicidii imputatio habet utique occasionem ex illa occisione sed causa residet in errore aut malitia sive accusatorum, sive testium, aut iudicum. Et hac in re nimis protendi videtur Lugo theoria; quippe non agitur de actione, quae tendat *per se* in damnum aliorum etiam remote, sed damnum sequitur prorsus per accidens et ex causis extrinsecis. Ergo distat res a casu, quo actio tendens in alterius praeiudicium fiat iusta vel iniusta, prout tu aut licite potes permittere alterius damnum, aut ex prava intentione et sine causa ad permittendum idonea intendis directe alterius damnum. Veruntamen utraque opinio exigenda erit ad seq. aliam regulam, in quam omnes conveniunt.

292. 3° Certe autem tunc adest obligatio restitutionis, si occisor sit causa moralis, cur homicidium innocenti cuipiam imputetur: a qua doctrina nescio an sit qui dissideat. Id vero locum habebit, si v. gr. eo loco, tempore et adiunctis aut occidas aut quidpiam addas praeterea, ut auctor homicidii alius innocens existimari merito possit: v. gr. si cultrum alterius adhibeas ac sanguine tinctum in vagina illius reponas: si ad homicidium perpetrandum induaris illius vestibus, vel adiutores adsciscas domesticos eius etc. Lugo disp. 8. n. 84.

293. Qua de re et illud addendum, ad restituendum teneri non modo qui apposite id peragit, ut in alterum culpa reiiciatur, sed etiamsi directa haec nocendi alteri intentio absit v. gr. si vestes alterius sumis mere ad occultandum te. Nam iustitia exigit non solum ut damna alterius non

intendamus directe, sed etiam ut caveamus causam huius damni, nisi forte casus eiusmodi sit, ut alia de causa ius habeam hoc damnum aliorum permittendi, quod sane in casu nostro evenire non potest: Lugo disp. 8. n. 84. Hinc nescio cur Croix lib. 3. p. 2. n. 157., dum dicit, teneri ad restitutionem eum, qui utatur fraude adhibendi gladium alterius et reponendi cruentum in illius vagina, addat: « Limitant Pettschacher et Tamburinus..., nisi quis in eiusmodi actione utatur iure suo; qui enim utitur iure suo, nemini facit iniuriam, licet peccare possit contra caritatem, si parum intersit ipsius hic et nunc tali iure uti ».

Haec verba transscribit etiam s. Alphonsus l. c. n. 635., nisi quod loco Tamburini (qui reipsa nihil horum habet) allegat Lessium, qui haec tamen dicit, ubi doctrinam generalem tradit de obligatione vitandi damna aliorum, non vero de hoc casu speciali.

Sane haec limitatio, ut patet ex hypothesi nostra, nullum locum heic habere potest.

294. Ceterum non immorabimur heic in perpendendo, quaenam sint ea adiuncta, quae censeri possunt praebere causam moralem imputandi alteri homicidium, ita ut reus restitutionis alius teneatur: num v. gr. sufficiat deferre cadaver ad ianuam alterius, vel in alterius agrum etc. Hoc iudicium pendet ex multis circumstantiis, quae in singulis casibus perpendi diligenter et prudenter debent, praesertim cum eiusmodi fraudes locum habeant non modo ubi de homicidio agitur, sed in aliis materiis. Sic v. gr. famulus furatur et potest interim rem ita componere, ut culpa in alium famulum reiiciatur etc.

Artic. VI.

Quid restitui debeat pro illato stupro.

295. De iniuria stupri actum est sub 6. praec. a n. 79. quem locum cf. sis. Notandum quod ait heic s. Alphonsus lib. 3. n. 641.: Omnia haec, cum agatur de rebus valde gravibus et quae frequenter ad praxim deducuntur, sedulo discutienda et elucidanda sunt ». At sincere dicendum, nec brevius nec simul clarius et exactius proponi posse hanc materiam, quam apud Auctorem cernimus.

CV. Resp. Qui virginem per iniuriam defloravit, tenetur tantum rependere damnum, quod ei ex tali iniuria est secutum idque vel matrimonio, vel damni aestimatione, ad arbitrium prudentis, ut talem nimirum inveniat, qualem manens virgo invenisset. V. Sanc. l. 7. d. 14. Fill. t. 32. c. 3. n. 209.

296. Supponitur 1° facta iniuria et 2° damnum ex iniuria sequutum. Duplex autem modus indicatur reparandi damnum illatum, sc. vel su-

mendo in uxorem, vel ita dotando ut nuptias tales inveniat, quales si virgo mansisset.

297. Puella, si vi sit oppressa, non tenetur accipere in maritum oppressorem nec necesse nunc est causas legitimas enumerare, cur eius nuptias respuere mulieri liceat, quae innumerae esse possunt, etiamsi non disparis esset vir conditionis satisque foret, si mulieri hae nuptiae gratae non essent atque iniquissimum sane foret, si ex eo quod mulier passa est iniuriam a violatore, secundam hanc iniuriam pati cogeretur, ut non libere nuberet. Falsa ergo haberi eorum sententia debet, qui dicunt, satis esse si vir se offerat ad eam ducendam. Imo haec sententia allicere posset improbum ad vim inferendam, quo mulierem quodammodo ad nuptias secum ineundas vel invitam compelleret. Ergo si mulieri violatorem accipere in virum non placeat, hic tenetur eam dotare.

Nec audiendi ii, qui dicunt, tunc virum ad nihil teneri, si matrimonium *promiserat ficte;* nam si promissio facta fuerat ad damnum compensandum, compensatio haec deesse non debet: s. Alph. n. 647. in fine.

Si vero serio promisit matrimonium et per ipsum non stat, quominus celebretur, sed per puellam aut parentes, tunc ad nihil tenetur. Excipe, nisi ipse fuerit in causa, cur puella iuste resiliat, v. gr. quia se finxerat aut altioris aut saltem paris conditionis cum femina; haec autem reperit, eum esse inferioris, adeo ut merito connubium respuat.

298. Item si nulla intercessit matrimonii promissio, stuprator satisfacit obligationi puellam dotando, nec in foro conscientiae tenetur eam ducere in uxorem. Ratio est, quia obligatio sola haec eum urget, ut damnum illatum resarciat. Hoc autem obtinetur etiam dotem augendo ita, ut aeque bene nubat, ac si virgo esset. Vid. s. Alph. n. 648.

In dubio an mulier fuerit iam corrupta, censetur virgo: ideoque violator ea obligatione tenetur, quam diximus.

Item si non virgo integra erat, ex iniusta tamen oppressione iacturam famae passa est, iniustus oppressor ad eandem compensationem tenetur, ac si virginem violasset. s. Alph. n. 641. in fin.

Diximus non teneri stupratorem eam ducere *in foro conscientiae*. Nam in foro externo si res ad tribunal deducatur, cogi a iudice posset ad eam ducendam, ut in iure Canonico expresse habetur cap. *Si seduxerit* l. *de Adulteriis et stupro*. « Si seduxerit quis Virginem nondum desponsatam dormivitque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt ».

Verum, ut notat Lugo disp. 12. n. 14., non caret fundamento sententia eorum, qui contendunt, teneri violatorem ad ducendam virginem, si haec aliam compensationem nolit admittere. Nisi enim res occulta permanserit,

non videtur per dotis augmentum satis honor feminae redintegrari. Ceterum hoc iudicium ad externum iudicem videtur remittendum et prior sententia ea etiam de causa est retinenda, quod durum videtur in poenam criminis libertatem matrimonii auferre: tum etiam quia matrimonia ab quodammodo invitis contracta felicia non solunt esse; unde nec bono virginis sic consulitur.

Unde resolves.

CVI. 1. Praecise pro sola virginitate non obligat restitutio. Unde si stuprum mansit clam aut non impedivit, quin aeque laute nuberet, ad nihil tenetur stuprator. Less. Bonac. q. 4. *de Matr*. p. 7.

CVII. 2. Item ad nihil tenetur, si defloravit consentientem, absque vi, fraude vel promissione matrimonii; quia non est facta iniuria. ibid. et Trull. d. 2.

299. Haec duo consectaria ex praemisso principio sequuntur. Nam si non intercessit iniuria ut dicitur resol. 2ª, nulla est obligatio restitutionis: pariter si iniuria quidem fuit, sed nullum secutum damnum, ut dicitur resol. 1ª, cessat ratio et obligatio restitutionis.

300. Itaque si occultum crimen mansit et femina, antequam matrimonium ineat aut nubere statuat, petat satisfactionem, tenebitur ne stuprator ad restitutionem? Violator tenetur reddere iuxta quosdam, pro qua sententia s. Alphonsus n. 640. in notula addita allegat Tamburinum, qui tamen nihil tale habet. At videtur dicendum, nihil esse restituendum, si nullum reipsa damnum timeatur, nisi forte, ut quidam volunt apud s. Alphons. n. 64. §. *Haec de viro*, ad compensandam vexationem, quam passura sit virgo, si eam corruptam maritus deprehendat. Ceterum ubi nullum reipsa damnum sequatur, nec pactum de dote praecesserit, pro sola iniuria, quae per se non est pretio aestimabilis, nulla facienda est in foro conscientiae restitutio: Ligor. n. 642. dub. 1. Dicitur *in foro conscientiae;* quia alias iudex, qui consensum huiusmodi non praesumit, posset ad compensationem cogere; quia saltem fraudem praesumit, et merito.

CVIII. 3. Si virginem importunis precibus flexit, nihil tenetur restituere; quia adhuc consensit libere: nisi forte preces tales fuerint, ut cum vi et coactione aequiparentur; ut si coniunctae fuerint cum minis vel metu reverentiali, v. gr. si fuit illius dominus, vel vir magnae auctoritatis. Trull. c. 9. d. 3.

301. Explicatur qualis in precibus esse possit vis, quae iniuriam constituat et inferat obligationem restitutionis, videlicet si extorqueatur puellae consensus iis precibus, quae aequiparantur coactioni, quae nempe coniunctae sunt cum minis aut metu reverentiali, v. gr. si vir sit nobilis et pollens auctoritate, si herus aut heri filius etc.

Quidam addunt teneri eum, qui muneribus, promissis aut precibus importunis et repetitis usus vexaret mulierem, apud s. Alph. n. 642. dub. 2.:

verum nisi metus accedat, consensus liber prorsus erit, non coactus et idcirco nulla obligatio restitutionis.

Alii excipiunt etiam, si, per vim tangendo, osculando etc. induxerit, quamvis virgo deinceps libere consentiat. Sed neque hoc admittendum; quia vis referretur ad tentationem, non ad effectum, unde est onus restitutionis.

Rectius quidam excipiunt, si mulier idcirco solum precibus cederet, quia alias vir nollet discedere et ea interim timeret infamiam, eo quod posset tandem sola cum solo deprehendi. Heic enim haberetur vis, quatenus reapse timor infamiae adhiberetur. Cf. s. Alph. n. 642. dub. 2.

302. Itaque quando mulier non vi aut fraude, sed sponte consensit, ad nihil violator tenetur. Quod si leges in foro externo cogunt virum vel ad ducendam vel ad dotandam, inde repetendum, quod leges praesumunt ordinarie virginem fuisse deceptam. At cum leges fundatae in praesumptione non obligent, si praesumptio falsa sit: hinc reipsa hae leges non obligant in conscientia. Ligor. n. 641. dub. 2. 6.

303. Memorandum heic venit, contendisse quosdam, violatorem teneri ad compensationem, *etiamsi virgo consenserit*, ut satisfaciat iniuriae illatae parentibus puellae, praesertim si ea de causa augere dotem ad eam collocandam debuerint. At communiter haec obligatio negatur. Ratio est, quia puella, in suum damnum consentiens, non facit parentibus iniuriam, si ad nuptias minus se aptam sponte efficit; a fortiori ergo hanc iniuriam non facit violator: cf. s. Alph. n. 641. dub. 1. Excipe tamen, nisi iudex ad id damnet defloratorem, ut ait Lugo et Molina cum aliis apud s. Alph. ibid. dub. 2. *Excip.* 3°.

CIX. 4. Si per promissionem veram, vel fictam matrimonii eam flexit, tunc tenetur ducere eam; quia in omni contractu, ubi alter ex parte sua acceptavit et implevit, tenetur et alter implere, etiamsi ficte contraxerit: quia tenebatur ex iustitia vere contrahere, cum alioqui omnia humana commercia fraudibus paterent. Et id quidem verum est, etiamsi stuprator religionem vovisset. Less. l. 2. c. 10. d. 3. et 4. Trull. d. 3.

304. Si vere promisit, ex duplici titulo tenetur: 1° ex promissione, 2° ad damnum reparandum, quod in casu aliam compensationem non admittit.

305. Quod teneatur quis ducere eam, etiamsi ficta fuerit promissio, *communis*, inquit Lugo disp. 12. n. 20., est et verissima sententia.

Ratio, quia (inquit) cum esset contractus onerosus, in quo singuli contrahentes ad aliquid se obligant, promittens matrimonium tenebatur ex iustitia habere verum animum se obligandi, ne deciperet alium et per fraudem extraheret ab illo partem suam. Huic obligationi et debito, quod violavit, potest satisfacere in specie obligando se et observando quod exterius promisit. Ergo non satisfacit aliquid aliud offerendo; nam dum potest

in specie reddi quod debetur, non satisfacis aliquid aliud offerendo, quia si non reddis equum, quem furatus es sed pecuniam, cogis dominum vendere equum suum. Cum ergo stuprator debeat feminae non solum damnum virginitatis, sed consensum verum in obligationem, quem consensum non potuit absque iniuria fingere, ut deciperet et aliunde possit hunc consensum reddere, tenetur ad hunc consensum praestandum.

Et hoc (addit Lugo ibid.) sive femina quoque matrimonium promiserit, sive solus vir, qui tamen sub spe illa matrimonii ficte promissi obtinuit virginis deflorationem iniuste et per fraudem. Si enim solum promisisset dotem, femina non tradidisset corpus suum. Ergo iustitia exigit, quod fraus illa auferatur et ponatur consensus, qui iniuste non fuerat positus(a).

306. Schmalzgr. In lib. 4. tit. 1. *de Sponsal.* n. 32. concedit, hanc sententiam esse valde probabilem; probabiliorem vero esse, quae docet, deflorantem non teneri ad ducendam defloratam, sed satisfacere constituta vel aucta dote, quae suppleat defectum deflorationis. Quod si admittatur, iam valebit principium, quod onus ducendi defloratam nullatenus imponi possit; quia *probabilis* obligatio est inanis. Ergo perpendenda haec sunt.

Schmalzgr. allegat *s. Antoninum, Gabrielem Biel, Bartholom. De Ledesma, Bonacina, Martinum Perez et Wiestner* ad lib. 4. tit. 1. n. 20., a quo plerasque harum allegationum sumpsit, sicuti et thesim.

At deceptus est a Wiestner. Nam et Gabriel Biel In 4. dist. 28. q. 1. art. 2. Concl. 5. et Mart. Perez *de Matrimon.* disp. 2. sect. 4. n. 3. et Bonacina *de Matrim.* disp. 1. q. 1. p. 2. n. 9. quaestionem movent, « Utrum vir (ut ait Bonacina), qui est *multo dignioris conditionis*, teneatur ducere feminam *notabiliter inferiorem conditione* a se deceptam ficta promissione, si femina decepta nesciebat inaequalitatem status, aut si feminae scienti inaequalitatem viri, vir adeo asseveranter promisit, ut ipsa prudenter et rationabiliter potuerit credere, promissionem non ficte. sed vere fieri ». Porro cum illa circumstantia mutet statum quaestionis, auctoritates illae sunt abs re.

Et sane Bonacina v. gr. l. c. utitur hoc argumento: « quia iactura *inferioris* feminae non videtur compensanda cum *tanto viri dispendio;*

(a) S. Alphonsus n. 641. memorat (imo et laudat) legem latam a nescio quo Gallicano Episcopo, qua declarabantur irritae promissiones matrimonii directae ad obtinendam deflorationem; quam legem dicit laudari a Continuatore Tournely. At nonne, potiusquam remedium, haec constitutio locum dabit gravissimis iniuriis? Nam si sincere quis matrimonium promittat aut iam promiserit, ansam inde sumet frangendi fidem, unde eam servandi validissimam habebat rationem et ad id adiuvabit lex ista singularis. Ceterum frustra speratur inde remedium: si enim vir protestetur, se velle omnino stare promissis, nihil proderit lex; neque enim lex efficit, ut promissis stare nequeant.

tum quia nullus tenetur plus restituere, quam aestimatur damnum illatum; iustitia enim obligat ad aequalitatem: damnum autem amissae virginitatis non tanti aestimatur nec conferendum est cum damno, quod pateretur vir *longe superioris conditionis,* ducendo feminam multo inferiorem ». Quae rationes, ut patet, nihil huc pertinent.

Idipsum dicito de s. Antonino. Etenim part. 3. tit. 1. cap. 19. §. 1., dicit utique: « Deceptor, si veram vult facere poenitentiam, necesse habet illam sine fictione ducere... vel dare sibi virum convenientem, aut aliter satisfacere: » quibus verbis s. Doctor videtur favere Schmalzgrueber; atqui mox resolutionem pro diversitate casuum sic diversimode proponit: « Addit tamen Thomas, quod ad hoc tenetur, si vir sit aequalis conditionis cum illa; nam si sit multo melioris conditionis, quam illa, vel si aliquod signum evidens fraudis apparuit, potest probabiliter praesumi, quod sponsa non fuit decepta, sed decipi finxerit etc. » Ergo de casu praesenti s. Antoninus post s. Thomam censuit, ducendam in matrimonium; alias autem compensandi rationes aliis casibus reservat.

Quid habeat Bartholomeus Ledesma, videre non licuit, quia nostra bibliotheca hunc auctorem non habet, nec in aliis bibliothecis (v. gr. Casanatensi) reperitur.

S. Alphonsus n. 642. §. II. q. 1. post citatos duos ex praecedentibus (quos a Salmanticensibus dicit allegatos), scil. Biel et Barthol. Ledesma, addit, eam opinionem *probabilem* putari a Dicastillo apud Salmanticenses *de Matrim.* cap. 1. n. 33. Sed hoc est sphalma Salmanticensium; quia Dicastillus non loquitur de casu nostro, sed solum de ficta promissione *sine defloratione.* Ita ille lib. 2. tract. 2. disp. 7. dub. 9. n. 135. 136. (Salmanticenses sua citatione ostendunt, se non legisse quem citant; nam hoc pacto citant: tract. 10. n. 165): « Assero sexto, esse probabile, qui ficte promisit matrimonium, quando nullum aliud damnum sequitur praeter violatam fidem, *quia non cognovit feminam,* teneri... Probabile tamen etiam est non teneri... »

Tamen (ne finis unquam sit falsarum allegationum) idem Dicastillus loc. n. 128. postquam statuit thesim de re nostra, quam dicit *communem sententiam Doctorum,* ecce subdit: « Quamvis Barth. a Ledesma, Gabriel et Antoninus tantum dicant... teneri vel ad eam ducendam, vel ad satisfaciendum aliter. Quod Petrus de Ledesma testatur ab aliquibus censeri probabile ». Et de hoc Petro a Ledesma idem dicit Sanchez *de Matrim.* lib. 1. disp. 10. n. 2. Et revera hic Ledesma *de Matrim.* q. 45. art. 4. dub. 1. resp. ad 3. praeter consuetos, scil. Biel et s. Antoninum addit, Fanc. Victoria in Summa dicere, quod non *sufficienter probatur oppositum* et addit *Tabienae Summam* V. Matrimonium II. n. 8.

Verum Tabiena l. c. ad fin. non loquitur de casu nostro, sed de eo, qui

ficte contrahit matrimonium et deinde habet copulam: de quo statuit, quod « tenetur eam ducere, vel aliter ei satisfacere quoad omnia inde secuta ad arbitrium boni viri ». Nam hic non est casus de illo, qui ficta promissione extorquet copulam, quae solum conceditur vi illius pacti, ut est casus noster.

Quod vero dicit de Francisco Victoria, plane falsum est. Nam *Summ.* n. 267. ubi tractat de eo, qui virginem stuprat post matrimonii promissionem, dicit: « tenetur eam ducere, postquam promisit et si non POTEST eam ducere, debet eam dotare ». — Loco autem indicato a Ledesma Petro, ubi dicit, *oppositum non sufficienter probari,* Victoria non hanc, sed aliam istam quaestionem facit n. 254.: « Quaeritur de illo, qui contraxit cum aliqua, proferens exterius verba et interius non habens consensum, AN SIT MATRIMONIUM? » Et allatis aliorum sententia addit: « s. Thomas dicit, quod in foro conscientiae non impune agit, qui sic deludit puellam, non tamen dicit, quod tenetur eam ducere. *Nec qui* dicunt, quod tenetur eam ducere, SUFFICIENTER PROBANT »: quae verba ostendunt, Ledesma per hallucinationem haec spectasse et ex defectu memoriae errasse in statu quaestionis.

Unicum itaque reperi Ioan. Praepositum, quem et s. Alph. indicat et affert Diana part. 6. tr. 14. res. 32. in edit. Coord. Tom. 2. tr. 6. res. 149. et quidem scite *unicum* hunc Diana affert, quia alios perperam afferri adverterat. Praepositus itaque *de Matrim.* q. 9. dub. 4. n. 48. dicit: « Unde dico probabile, quod in casu petitionis (scil. petente muliere matrimonium promissum), is, qui ficte promisit, per se loquendo et seposito scandalo et damno, quod aliter non possit compensari, non teneatur accipere in uxorem eam, quam cognovit: sed sufficiet ei dare, quantum moraliter requiritur, ut non censeatur damnum pati et ut censeatur dari aequale rei ablatae ».

Sed ipsa thesis in se spectata tantum non illusoria apparet. Nam hypothesis sic fit, quod res occulta maneat. Et tunc concludi posset, ad nihil illum teneri, ut dictum est de stupro, quod occultum maneat: et sic *aequale rei ablatae* erit nihil, quia ablata est virginitas, quae pretio nequit aestimari.

Ceterum ratio, qua in eam thesim Praepositus venit ibid. n. 46. 47. est plane sophistica. Mitto nunc, quod argumentum velit desumere ex eo, quod DD. dicant non teneri, quando vel valde dispar est conditio, vel mulier iam erat corrupta. Nam vere sophisticum est, ex casu prorsus dispari arguere.

Sed sophistice arguit maxime ex eo, quod DD. dicant, obligationem in casu non oriri *ex promissione,* quae fuit ficta. Unde ipse concludit: ergo solum tenebitur *ex damno.* Plane inepte. Nam obligatio oritur ex

iniuria, quam alteri facis, si negas illud, sub cuius conditione exegisti et accepisti id, quod alius sub eo pacto praestitit; neque est in tua potestate, ut ius naturae docet, ut mutes conditionem contractus.

Cf. dicenda de contractibus initis sub turpi conditione, in tr. *de Contractibus.*

307. Addit A. teneri stupratorem ad ducendam feminam, licet is antea religionem voverit.

Hanc sententiam, Lugo disp. 12. n. 42. dicit, « *absolute existimo veriorem* » et s. Alphonsus n. 649.: « Haec secunda sententia mihi certo et longe probabilior videtur. An autem prima sententia sit probabilis, dubitat Tamburini n. 35., imo Sporer ait, non esse audiendum Dianam, qui ipsam tuetur. Ego ipsam nec probabilem nec improbabilem dicere audeo » (a).

Ratio autem, multis aliis omissis, est (Lugo l. c. n. 43.), quia obligatio voti oritur ex libera voluntate gratuita voventis, qui lege sua privata eam sibi obligationem imponit. Atqui non potest homo sibi illud genus obligationis imponere, quod sit in praeiudicium iuris alieni; neque enim ipse potest auctoritate sua derogare alieno iuri. Aliis verbis obligatio, quae a te solo oritur, non potest esse potentior ac validior obligatione quae oritur ex iure alieno; quia obligationi huic, quae vim habet a sola voluntate tua, auctoritatem ac vires dare potes contra te, sed non contra alios.

Exinde est, quod cum non possis auctoritate tua derogare iuri paterno ac praeiudicium ipsi inferre; ideo non potes voto religionis eiusmodi legem tibi imponere, ut patri indigenti opera tua, ipsi hanc neges: indigentia nempe parentum te obligat ad suspendendam obligationem voti ingressus Religionis.

Nec obstat, quod obligatio ex voto in casu sit prior. Nam tunc erit priori obligationi satisfaciendum, si utraque gratuita sit; uti si vovisses pecuniam Ecclesiae et dein velles eam promittere amico: non vero si debita sint onerosa, praesertim ex delicto licet posteriori; nam haec praeferenda sunt debitis gratuitis. Hinc votum quidem violasti, cum te in necessitatem iniecisti non implendi; at prior illa obligatio te non liberat a satisfaciendo iuribus, quae violaveris. Sic qui voverit bona sua Ecclesiae, non potest propterea praeiudicare iuribus filiorum, qui insperato sibi nascuntur. Nec qui voverit sua omnia dare pauperibus, excusatur a solvendis debitis, quae contrahat ex delicto.

308. Plerique autem DD. censent, nec necessarium esse, ut in hoc

---

(a) Censet ergo heic s. Alph. posse esse opinionem probabilem, cuius opposita est certo et longe probabilior.

casu petat dispensationem a voto et ad summum id suadendum, ut debitum coniugale non possit modo reddere sed etiam petere. Quidquid sit: violator se obligans delicto suo ad matrimonium, obligatur ad media atque adeo ad petendam dispensationem, si necessaria sit.

309. Aliam exceptionem addit post alios DD. s. Alph. n. 645., si vir solos tactus habeat cum virgine, dummodo hi tactus aut familiaritas cum virgine non innotescant ita ut subire ipsa infamiam debeat, nisi ducatur et dummodo vir solos tactus petierit cum pacto matrimonii. Si res ita se habuit, vir solos tactus exigens non tenetur ad matrimonium. Ratio est, « quia tactus non afferunt tantam iniuriam, quae proportionem habeant cum onere ducendi et ideo mulier facile tunc potuit fictionem promissionis advertere ». Scilicet educitur hic casus ab hypothesi, in qua versamur fictae promissionis; quia mulier non est decepta.

310. Verum rem deinde conatur componere dicendo, obligationem adesse, si mulier esset *nobilis* et *honesta*, quae sine spe matrimonii tactus non permisisset; secus si mulier esset humilis conditionis, quae fictionem facile advertisset: in qua ultima hypothesi supponit s. Alph. insuper, virum a femina eiusmodi *humilis* conditionis petiisse simul tactus et copulam, sed feminam solos tactus concessisse. Et in hoc casu se a Lugo discedere profitetur, quasi hic obliget ad matrimonium, et stare tum Tamburinio negante hanc obligationem.

Sed reipsa ista pugna inter Tamburini et Lugo non adest. Lugo Disp. 12. n. 27. agit de *ficta* promissione et supponit alterum petiisse etiam copulam et cognosci potuisse fictionem, si solos tactus petisset. Unde de casu solius tactus postulati nullomodo tractat. Supposita autem petitione tum copulae tum tactuum, statuit, licet soli tactus fiant, deberi matrimonium, 1° quando ne hos quidem mulier HONESTA AC NOBILIS concessisset, nisi veram censuisset matrimonii promissionem: 2° quando, utraque re petita, *fictio cognosci non poterat*. Non abnuit tamen, matrimonium non deberi, 1° si petita etiam copula, non tantum haec non haberetur, sed haberetur solum *levis tactus* aut *amplexus;* nam posset dici vir adhuc re infecta discessisse: 2° si soli tactus peterentur in iis adiunctis, quibus fictionem femina advertere potuisset.

Tamburini vero tr. 7. c. 5. §. 3. n. 41. alio modo rem tractat et dicit 1° non deberi matrimonium, si hoc fuerit promissum copulae et tactui et tamen copula locum non habuerit sive tua, sive utriusque causa, sed solum tactus: excipit nisi infamia inde virgini acciderit. Tum enim reparandum damnum aliquo modo, dicit. Sed non agit de puella *nobili* et *honesta*. 2° Deberi matrimonium pro solo tactu, si huic soli illud promissum fuerit. Tamburini autem de *vera promissione* loquitur, et Lugo de *ficta* tantum.

CX. 5. Non tamen tenetur fictus promissor eam ducere casu, quo 1. is puellam valde notabiliter conditione excederet, vel verbis usus esset fictionem facile indicantibus: 2. si ipsa conscia esset praedicti voti; quia tunc ipsa contraxisset mala fide: 3. si ipse putavit esse virginem, cum tamen non esset: 4. si ex matrimonio grave damnum aut scandalum timeretur: 5. si ipse iam sacris initiatus est aut alteri matrimonio copulatus; tunc enim his casibus solum teneretur curare, ut aeque commode nubat, modo ante dicto, dando scilicet dotem, vel aliter. V. Sanch. l. *de Matr.* d. 10. n. 5. seqq. Trull. l. 7. c. 9. d. 3.

Primam exceptionem sic s. Thomas proponit suppl. q. 46. art. 2. ad 4. de violatore loquens: « Sponsus... tenetur eam ducere in uxorem, si sint aequalis conditionis, vel si sponsa sit melioris conditionis: sed si aliam duxerit, factus est iam impotens ad solvendum illud, ad quod tenebatur et ideo sufficit, si ei de nuptiis provideat et ad hoc (sc. ducendam) etiam non tenetur, ut quidam dicunt, si sponsus sit multo melioris conditionis, aut aliquod signum fraudis evidens fuerit; quia praesumi probabiliter potest, quod sponsa non fuerit decepta, sed decipi finxerit ».

Ergo magna disparitas conditionis non solum per se excusat, sed ideo etiam excusat, quia de se ingerebat motivum prudens dubitandi de sinceritate promissionis.

Ceterum verba fictionem indicantia sunt tum quae ambigua sunt, tum quae nimias continent exaggerationes etc. s. Alph. n. 643.

Probabile insuper est, ut DD. sup. n. 306. citati tradunt, id statuendum, licet mulier ignoraverit hanc disparitatem; nam in casu pro reparatione damni non potuit aliud exigere, quam quod conditio sua postulat, ut eam scil. ducat alter, qui eiusdem sit conditionis. Vir ergo melioris conditionis redderet plus, quam sit aequale iniuriae reparandae.

311. Ad 2. Except. scilicet si mulier conscia erat voti alterius, sunt qui putent, virum non teneri. At alii contradicunt et non immerito. Quia cum post deflorationem facile possit obtineri voti dispensatio, potuit femina intelligere, sibi promitti etiam flagitationem dispensationis voti, praesertim quod vix fieri possit, ut id vir non exprimat: si enim novit votum suum alteri notum esse, non posset fingere se serio matrimonium promittere, nisi quid innueret de vinculo voti summovendo.

Id ipsum accidit, si violat sub hac promissione consanguineam. Nam nisi agatur de iis impedimentis, quae vix unquam dispensantur, verior et communior doctrina est, ad matrimonium et ad petendam dispensationem teneri. Idque valet, ut tenet recte s. Alph. n. 650. §. *Secundus*, licet nihil vir dixerit de impetranda dispensatione; quia in tali promissione haec conditio semper subauditur et implicite continetur.

Quod si ficte promisit matrimonium, bene s. Alph. eodem n. 650. §. *Maior* statuit, obligationem adesse petendi dispensationem, vel non adesse, prouti fictio potuit vel non potuit facile a muliere animadverti.

Si vero vir non adverterat ad impedimentum et necessitatem petendae dispensationis, tunc pariter tenetur; quia qui tenetur ad finem, scil. ad matrimonium ob damnum reparandum, tenetur etiam ad media. Excipe, nisi dispensationis assecutio exigeret grave incommodum; ad quod non possit censeri, virum se voluisse ullatenus obligare. Ita s. Alph. post Lugo l. c.

312. De 3. Except. Si femina deceperit, se virginem fingens, certa est DD. sententia, non teneri virum ad eam ducendam. Imo si femina positive decepit, nec ad compensationem quampiam tenetur; deceptio enim viri deceptione feminae compensatur: idque valet, licet serio vir promisisset matrimonium.

Quod si femina non decepit, sed vir falso cogitabat, esse virginem: communis est pariter sententia, eum, qui *ficte* promisit, non teneri ad ducendam. Ratio quia res, quam petit, non valet reipsa, quantum ipse ex errore putabat.

Quod si vir non ignorabat, mulierem integram non esse, tunc merito distinguitur. Nam vel agitur de muliere non vidua, sed inhoneste corrupta et tunc ex inaequalitate inter datum et acceptum satis mulier pervidere poterat, rem non serio agi: s. Alph. 646. Si vero agatur de honesta vidua, probanda videtur sententia Lugo disp. 13. n. 34., decernendum non secus ac si de virgine ageretur et ius esse viduae, ut vir consensum quem finxit, reipsa addat.

313. De 4ª Exceptione. Si pessimus exitus timeatur, rixae inter consanguineos, dedecus familiae etc., non teneretur vir, etiamsi vere promisisset. Sed de his, ubi de sponsalibus.

314. Quoad 5. except. nihil addendum.

Artic. V.

De restitutione ob adulterium.

CXI. Resp. Cum ex adulterio damnificari possint coniux alter et proles legitima, circa sustentationem, hereditatem etc.: patet, quod uterque adulterans, nata eis prole, debeant, cum id damnum causent, eatenus restituere quatenus possunt sine detrimento altioris boni et causatione maioris mali. Est communis. V. Laym. l. 3. t. 3. p. 1. c. 14.

315. Praeter damna circa sustentationem et hereditatem paternam atque etiam maternam, alia accedere possunt damna, quatenus, si reputatur legitimus, posset ab aliis consanguineis heres institui, vel legata accipere vel dona, vel institui heres a fratribus, praeferri fratribus in aliquo coniugio ineundo etc. Lugo. disp. 13. n. 37-39. Haec tamen contingent per accidens, et ideo non inducunt onus restitutionis.

Unde resolves.

CXII. 1. Quod attinet ad ipsam adulteram, ordinarie non tenetur prodere, quod proles eius spuria sit; nam et viro suo tristitiam et sui odium et discordias domesticas crearet ac famam suam prodigeret: quibus damna fortunae merito cedunt. Accedit, quod proles matri non teneatur credere, se esse illegitimam. Fill. tr. 22. q. 222.

316. Dicit, *ordinarie* non teneri matrem ad se prodendam et duplex validissima causa assignatur: 1ª quia multa inde sequerentur mala, ibid. indicata, scilicet 1° marito tristitiam, 2° odium sui, 3° discordias in familia crearet et 4° sibi infamiam; et haec incassum, quia filius non tenetur credere. 2ª Quia nihil assequeretur. Nam quod filius non teneatur credere matri, etiamsi iuramento id affirmaret, communissima est DD. sententia in iure omnium gentium communi fundata vid. Ligor. lib. 3. n. 654.

Lugo Disp. 13. n. 62. existimat et s. Alph. cum eo n. 654. in fin., filium in foro conscientiae teneri ad credendum matri, quando motiva credendi eiusmodi sint, ut, si proponerentur in foro externo, iudex pronunciaret filium illegitimum: v. gr. si ostenderetur, maritum tunc temporis fuisse absentem aut impotentem. At in hac hypothesi opus certe non erit, matrem se prodere. Numquid enim maritus haec non animadverteret? Ergo ne hypothesis sit absurda, cum quaeritur an mater teneatur se prodere, supponendum aliquid semper occurrisse, cur maritus potuerit existimare, illam prolem esse suam. At si maritus id potuit existimare, non poterit ergo certo ostendi, prolem sive ob mariti absentiam sive ob impotentiam esse illegitimam. Et hoc loco advertatur falsa quorundam opinio, qui dicunt, mulierem, quae cum pluribus versata sit, cognoscere, ex quonam ipsorum conceperit. Nam falso supponitur, conceptionem prolis in utero esse tale factum internum, ut eius conscientiam mulier habeat aut habere possit. Quinimo indicia concepti foetus fere nulla adsunt nisi post aliquod temporis intervallum, quando mater aut cessatione menstruorum, aut incommodis gestationis, aut motibus prolis de statu suo tandem admonetur.

317. Ceterum si filius non tenetur credere, inutile est quaerere, an mater aliquando teneatur se prodere.

S. Alphonsus tamen n. 653. adoptat sententiam quorumdam, inter quos Lugo Disp. 13. n. 57., qui censent, ad id matrem obligari, si mala quae secus subsequerentur, graviora sint prae damno famae ipsius et casus sequentes innuunt. 1° Si mater sit perditae famae vel saltem vulgo de ipsa male sentiatur; quod transferunt ad feminam abiectam ac vilem: 2° Si alioquin timeatur publicum damnum, veluti si succedere deberet in regno vel principatu spurius, qui perditis esset moribus aut haereticus.

3° Si speret filium crediturum, aut vitatum iri damnum, si marito soli rem manifestet.

At semper id redit, quod fatentur omnes, raro his locum superesse. Nam 1° si femina est perditae vitae aut certae malae famae, quis credere ipsi prudenter tenetur, praesertim in re tam incerta ex natura sua? Seponimus enim hypothesim, quod res per se pateat, puta propter absentiam mariti, tunc enim nec locus est quaestioni; ut iam monuimus, an mater debeat se prodere.

2° Et siquidem ageretur de iure succedendi in regnum aut principatum, nonne eo evidentiora requirerentur argumenta et probationes, quo gravius est negotium? et nonne graviores timeri possent perturbationes?

318. Quod vero dicitur de manifestando crimine vel filio vel marito, huc quidam, uti et s. Alph. n. 653., accersunt doctrinam, non gravem censeri detractionem *apud unum quemdam prudentem;* quasi vero (quemadmodum censetur levis detractio alterius apud virum prudentem, ita facile exigi possit, ut mulier et quidem uxor cum marito, aut mater cum filio crimen hoc suum summo semper opprobrio dignum aperiat!

Quinimo merito observat Lugo disp. 13. n. 58.; mulierem praesumere interdum posse, maritum quoad partem suam *circa alimenta atque alia, quae non laedant fratres,* non esse invitum ac malle rem sibi esse occultam, quam uxoris crimen detegi non solum aliis sed etiam sibi ac potius malle privari magna parte facultatum, quam cum tanto dolore infamiam suam atque uxoris crimen resciri; quod quidem Lugo putat, dici etiam de filiis posse, malle scilicet, consortem hereditatis habere spurium, quam detegi matris crimen, ex quo haud modicum dedecus in filios quoque, qui habentur legitimi, redundaret. Praesertim cum dolor hic et infamia omnium communis vix ullum fructum pareret; quia difficile erit, ut qui dicitur spurius, reipsa spoliari possit iure, quod possidet, filii legitimi.

319. Addit Lugo n. 59., quosdam hoc etiam consilium proposuisse, ut mater, non manifestato spurio filio in particulari, petat ab omnibus simul ut in sui gratiam sponte remittant cedantque iuri suo erga spurium, si quis forte inter eos aliquis sit eiusmodi. Qua de re addit Lugo, putare se, matrem, quando praesumat filios consensuros, posse ex praesumpto hoc consensu liberari ab onere prodendi semetipsam. Verum id nullum haberet fructum alium, nisi ut anxiam dubitationem singulis de honestate suae originis pudoremque iis ex praesumpto dedecore atque mutuas suspiciones et discordias pareret ac foveret.

320. Quod vero addunt nonnulli, revelandum secreto id proli spuriae ut cedat sponte bonis; nonne apertum est, vix unquam id in praxi locum habere? Nam esto, fieri aliquando possit, ut aliquis filius, etiam sine paternis bonis, eam sibi conditionem status parare valeat, ut si quid

dividendum inter fratres e paternis bonis relinquatur, hoc ipse cedat liberaliter, quippe qui eo non egeat. At saepius risum moveret, quod filius bonorum domesticorum pro servanda conditione ac statu suo indigus iis renuntiaret, ac nulla addita causa, solus bonis careret, si v. gr. nobilis sit familiae etc. imo gravem suspicionem ingereret, si filius nobilis, quamvis aliunde haberet bona, carere vellet paternis bonis, quibus conditionem suam certius tueretur, nulla addita causa; saltem casus, quo fieri id commode possit citra suspicionem, rarissimus erit. Adde, quod si ponamus filium non indigere bonorum paternorum ad conditionem suam conservandam, dicendum erit, agi de familia, ubi vel nulla vel exigua bona sint dividenda. Verum in hac hypothesi exigeres a matre rem difficillimam pro avertendo damno exigui momenti et praeterea *plane incerti;* cum semper recurrat communissima sententia, iure communi filium teneri nunquam ad matri credendum; quod leges sanxerunt ad avertendas fraudes.

CXIII. 2. Debet tamen, si potest, aliis industriis damnum compensare, v. g. 1. diligentius administrando rem familiarem, 2. de cultu corporis detrahendo, 3. si habet bona propria, plus legitimis, quam spurio, relinquendo, 4. eum inducendo, ut, relicta hereditate, vel eius parte, amplectatur statum Ecclesiasticum vel Religiosum, si idoneus sit, etc. Trull. l. c. d. 4.

321. Quod tertio loco dicitur, vix in praxi locum habere potest. Nam vel suspicionem id iniiciet illius criminis, quod celandum est: vel certe causam odii ac rixarum praebebit. Cur enim mater, aut nullam aut vix ullam benevolentiam huic tantum filio exhiberet?

Quod vero postremo loco dicitur, intelligitur, id faciendum celata causa suasionis. Ceterum nisi reipsa filius habeat a Deo hanc mentem, pessimum foret consilium, quod mater impellat filium ad amplectandum statum, ad quem non divina vocatione pertrahatur.

CXIV. 3. Quod attinet ad ipsum adulterum spurii patrem, etiam ipse saepe excusatur vel in toto vel ex parte, sive quia damnum ab adultera compensatum fuit vel compensandum creditur, sive quia restitutio non potest fieri sine periculo vitae, dispendio famae, turbatione et discordiis familiarum, sive quia non est certus, filium esse suum. V. Less. l. 3. c. 10. d. 6. Bon. *de Matr.* q. 4. p. 15. Trull. l. 7. c. 8. d. 7.

322. Quando adulter certus moraliter foret prolem esse suam et potens sit ad resarcienda damna; profecto 1° non dicerem cum Auctore, praesumere posse generatim, compensationem hanc fieri ab adultera, nisi bonis paraphernalibus abundaret etc.; media enim proportionata et insuper commoda id agendi *sine nota,* dividendo scilicet solum legitimis bona sua, deesse vidimus.

Adderem, facilius forte in praxi abesse posse incommoda ac pericula in ista restitutione ex parte adulteri. Nam si occulte adulterae possit

pecunias subministrare, saltem non semper nec facile illa incommoda obventura videntur.

323. Quidam adulterum excusant, eo quod ipse non coegerit adulteram ut suam prolem marito suo supponeret. Plane ridicule: nam certe coniecit in necessitatem aut prodendi delictum, aut supponendi spuriam prolem marito. Vid. s. Alph. n. 659. Et quidem teneretur non modo ad restitutionem pro alimentis, sed etiam pro bonis paternis, quae vi hereditatis consequeretur. Quod optime statuit s. Alph. n. 659. contra Tamburinum, qui *in Decal.* lib. 7. cap. 3. §. 4. n. 6. dixerat, probabile esse, teneri solum pro alimentis, non vero pro hereditate et hoc ex ratione illa levi, quod ipse non sit causa, cur filius spurius supponatur ab uxore adultera ceu legitimus.

324. Potior est excusatio pro adultero, si dubium sit, an proles sit reipsa adulterina. In hoc enim casu, ut notat s. Alph. n. 657., communis DD. excusat ab omni restitutione, contra eos, qui exigebant restitutionem pro rata dubii. Ratio, quia possidet matrimonium et filius reputatur legitimus, donec constet oppositum nec adulter tenetur se expoliare pro obligatione dubia.

325. Si vero plures adulteri eandem feminam, circa idem tempus, cognoverint, ideoque dubitetur, uter sit pater prolis: quaeritur an et quae obligatio eorum sit in hoc dubio.

Quid senserint DD. de hac controversia, aegre profecto ille intelliget, qui mere ex allegationibus a s. Alphonso productis de re iudicium ferat. Pro sententia enim sua, quae absolvit nempe utrumque ab omni onere restitutionis, quam *probabiliorem* dicit, sic DD. refert lib. 3. n. 658.: « Ita inquit Sanchez *Cons.* lib. 4. c. 3. dub. 1. n. 3. disp. 13. n. 20. Zachar. idest Croix lib. 3. p. 1. n. 704., cum Gob., Less., Fill. et Bon. ac Salm. ibid. idest *de Restit.* c. 3. n. 32. cum Sot., Trull., Lop. etc. contra Dicast., Mol. et alios ». Et in prima quidem Editione an. 1748. s. Doctor post Salmanticenses addiderat pro sua opinione etiam Lugo; sed in aliis deinde Editionibus sublatum videmus nomen Lugo, retenta tamen sine nomine eius allegatione disp. 13. n. 20., quae vacua allegatio cernitur et in recentibus Editionibus Taurinensi et Ratisbonensi an. 1846. Sublatum autem nomen Lugo ab ipso s. Alphonso fuisse id suadet, quod l. c. dein ipse contra se allegat Lugo disp. 13. n. 24., quasi hic statuat, *adulteros teneri ad alimenta pro rata dubii:* quod tamen ipsum minus exactum est. Namque ibi Lugo contra propendet in sententiam, quae negat *obligationem alendi prolem,* licet admittat in adulteris *obligationem restituendi marito et filiis legitimis, saltem quoad partem, pro damno illis illato ex prole adulterina.*

Sed ut ad reliquas allegationes veniamus. s. Alphonsus, ut vidimus,

pro se citat Zachariam idest Croix lib. 3. p. 1. n. 704. At ecce idem s. Doctor paulo post l. c. scribit: *Attamen ipse* Croix lib. 3. p. 2. n. 337. *cum* Lugo n. 24. *loquens de prole adulterina, absolute dicit cum Illsung, adulteros teneri ad alimenta pro rata dubii.* Quomodo itaque s. Doctor pro se allegat Croix, quando, ipso fatente, Croix *absolute* dicit, adulteros ad alimenta suppeditanda teneri? Neque licet coniicere, differre quaestionem s. Alphonsi, qui generatim de *restitutione* damnorum agit, a thesi Croix, qui forte loquatur de solis alimentis. Nam 1° Croix lib. 3. p. 1. n. 704. (quem locum pro se s. Alphonsus citat) quaerit, *a quo proles sit alenda;* 2° in alio loco p. 2. n. 337. loquitur etiam de restitutione *partis hereditariae filiis legitimis subtractae.* Quid certi igitur deduci hinc potest? s. Doctor affert deinde Gobat, locum tamen non indicans: et forte hanc allegationem sumpsit ex Croix lib. 3. p. 1. n. 704. At enim 1° Gobat ibi allegatur a Croix non circa praesentem quaestionem, sed circa aliam; 2° in praesenti autem quaestione Gobat Quin. Tr. V. cap. 28. n. 58. sententiam Molina, contra quam a s. Alphonso citatur, vocat *probabilissimam.*

Affert deinde s. Alphonsus pro se et Bonacinam. Atqui vel ipsi Salmanticenses tr. 13. c. 3. n. 31., quos s. Doctor allegat, Bonacinam referunt pro sententia opposita. Et reipsa Bonacina *de Matr.* q. 4. punct. 15. n. 10. haec habet: *Quando duo adulteri cognoverunt unam et candem feminam coniugatam, quae concepit tunc temporis, quo maritus absens erat, uterque tenetur ei restituere pro parte sua etc. Ita Azor. Rebell., Molina, et alii.*

Addit s. Doctor allegationem Sanchez, quae ex Salmanticensibus desumpta videtur. Verum haec vel minus, quam aliae, videtur ad rem facere. Quaerit nempe Sanchez *Cons.* lib. 4. c. 3. dub. 1., quinam dicantur filii *naturales,* quinam *spurii.* Infert vero ibid. n. 3. *naturales* non dicendos (ex certo iure positivo), quos quis habuit ex concubina extra domum, si pater non recognoscat eos in filios; secus, si semper eos recognovit in filios. Quae, uti patet, ad praesentem quaestionem nihil pertinent.

Quod ad Soti allegationem spectat, primo quidem nimis hoc argumentum probaret; quippe in quacumque hypothesi Sotus *de Iust.* lib. 4. q. 3. art. 2. ad fin. negat, adulterum *ex iustitia* ad aliquam restitutionem teneri. *Re vera* (inquit) *non plane video, cur adulter ad aliquam de iustitia teneatur restitutionem.* Quam opinionem et Sayrus lib. 8. c. 3. nn. 20-21. cum aliis confutat.

Lopez vero *Instr.* p. 1. c. 90., cui addi heic debent Villalobus *Sum.* part. 2. tr. 11. diffic. 34., et Sayrus l. c., non definit, duos adulteros ad aliquam restitutionem non teneri, sed solum hi dicunt, neutrum eorum teneri ad habendam illam prolem tanquam suam. Quod vero haec sen-

tentia non excludat obligationem restituendi, patet tum ex rei natura, tum ex facto. Ex rei quidem natura, quia obligatio restitutionis heic non petitur ex eo, quod uterque adulter suam esse prolem debeat credere, sed ex alia ratione, ut videbimus. Ex facto autem, quia reipsa DD. utramque sententiam ita conciliant, ut utramque doceant ut veram. Ita praeter allegatos etiam Molina part. 4. disp. 103. n. 3. et Trullench lib. 7. c. 9. dub. 7. n. 5., quem idcirco pro opposita sententia immerito allegant Salmanticenses l. c. n. 32., et post eos s. Alphonsus.

Supersunt Lessius lib. 2. c. 10. n. 40. et Filliuccius tr. 32. c. 8. n. 223. Verum hi non perpendunt ullatenus controversiam istam de incertitudine inter duos adulteros, sed solum quaestionem generice instituunt de casu, quo quis dubium dumtaxat habeat, an ipse sit pater. Porro id non excludere diversam sententiam circa casum, de quo agimus, ex eo manifeste patet, quod et Bonacina et Molina et Lugo et Trullench etc. eadem, ac Lessius et Filliuccius, principia illa generalia statuant, neque tamen consequenter eandem sententiam de casu nostro tenendam putaverunt. Et ratio diversae pro casus diversitate sententiae non est obscura; videlicet, ut iam innuimus, obligatio restitutionis non ex eo quaeritur, quod alteruter adulter certe censeatur pater.

Quid denique valeat suffragium Salmanticensium, inde iudicare licet, quod universa eorum supellex ex allegationibus heic perpensis constat.

Addit s. Alphonsus l. c. n. 650. opinionem, quam sequitur, *communem dici a* Lugo disp. 13. n. 19. Sed reipsa heic Lugo prorsus asserit oppositum. *Communis* (inquit) *certe sententia affirmat, singulos debere ex parte concurrere ad alimenta etc.*

Quod vero attinet ad intrinsecas rationes, s. Alphonsus non longe abest ab admittenda vi argumenti, quod ab oppositae sententiae patronis adhibetur et sic apud Croix lib. 3. p. 2. n. 337. effertur: *Ratio est, quia licet qui dubitat, an damnum iniustum causarit, ad nihil teneatur* (quod est argumentum s. Alphonsi), *tamen hîc singuli communi opera sunt causa ipsius incertitudinis, quae iniuste impedit, ne ab uno determinato exigi possit debita restitutio et in hoc damnum singuli consenserunt volendo copulam per se causativam eiusmodi damnorum, uti argumentatur Ills.* n. 97. etc. Et hanc quidem rationem egregie urgent Dicastill., Reding, Pettschacher, Illsung, Mezger etc. apud Babenstuber tr. 7. disp. 5. art. 3. §. 3. n. 38., et Elbel *Theol. Sacr.* part. 3. conf. 18. n. 452. Porro s. Alphonsus vim argumenti non negat, sed mere exigit, ut adulteri hoc damnum praeviderint: quae quidem praevisio cuiusmodi esse debeat, docet idem S. Doctor *de Act.* hum. n. 10., ubi postulat, *quod agens ponendo causam, advertat, saltem in confuso, huiusmodi effectum fore ex illa causa secuturum.* Quae quidem verba non ita sunt accipienda, quasi

agens nosse debeat, ex actione sua eum effectum certo secuturum esse, sed ita, ut, si effectus sit secuturus, agens noscat, effectum actioni suae tribuendum esse. Licet ergo incertum sit, an ex adulterio mulier conceptura sit, aut ex armorum explosione occisio sit secutura, si tamen aut proles ex adulterio, aut mors sequatur ex armorum explosione, nemo dubitat, quin effectus adscribi positae causae debeat. Porro cum ex adulterio patrato aut susceptio prolis, aut incertitudo, de qua sermo, si forte alter adulter ad adulteram accesserit, eiusmodi sint effectus, qui non *per accidens,* sed *per se* ex utriusque adulterio sequuntur; nimis profecto aegre praetendi potest excusatio, quod sequuti damni nulla, ne implicita quidem, praecesserit praevisio. Secus excusandus videretur etiam adulter, qui de secutura ex proprio crimine prole nihil omnino cogitasset, aut etiam qui sibi suasisset firmiter, prolem ex eo adulterio secuturam nullam esse. At eiusmodi excusationibus praevalet, quod quisquis crimen aggreditur, consectariorum quoque ex eo per se obvenientium onus aut explicite aut implicite in se suscipit. Inde factum cernimus, ut cum tot Auctores gravissimi hanc controversiam omni ex parte accurate tractaverint, solus tamen Pettschacher, quem dein utcumque secuti sunt Elbel et Babenstuber, hanc exceptionem obiter deprompserit.

326. Movet dein quaestionem s. Alph. n. 656., an si adulteri sint divites et exponant prolem publico hospitali, teneantur recompensare locum pium pro alimentis prolis. Et ipse respondet negative. De hoc nos egimus, ubi de obligatione parentum erga filios de IV. Praec. a n. 25.

Artic. VI.

De restitutione pro fama et bonis spiritualibus.

CXV. Resp. 1. Iuxta dicta, si restitui non possunt bona ablata ex bonis eiusdem ordinis, non est obligatio faciendi ex bonis diversi ordinis.

327. Constat ex iam dictis. Art. 3. ab initio.

Unde resolves.

CXVI. 1. Pro fama restituenda est fama: cum id non potes, non teneris ad pecuniam et bona fortunae, nisi per sententiam a iudice cogaris sic satisfacere. Eadem est ratio de reliquis. Quod si tamen, laedendo famam, in bonis etiam fortunae alteri damnum allatum esset, constat ex supra dictis, quid faciendum sit. Porro de laesione famae, etc. V. in 8. Praec.

328. Tres habet partes. Quoad alteram et tertiam, nulla difficultas. Quoad primam egit A. sub VIII. praecepto. c. 1. dub. 3. quod, cum ibi omiserimus, huc revocandum est. Ita ergo se habet.

CXVII. Resp. Nisi sit causa excusans, patet ex natura iustitiae et ex dictis *de Restitut.*, famam iniuste ablatam restitui debere. Et quidem, si verum crimen quis narravit, debet opinionem conceptam, quantum potest, apud audientes abolere, dicendo v. gr. se male dixisse, iniuram intulisse, deceptum esse etc. Vel, si hac ratione parum proficiatur, cum laudando in aliis rebus, crimen extenuando, honorem eius in re alia procurando etc.; sic enim sensim tantundem fama eius illustrabitur ex una parte, quantum ex altera obscurata fuit. Quod si autem crimen falsum impegisti, teneris id aperte retractare (adhibito etiam, si opus est, iuramento) apud eos, quibus dixisti et (per se loquendo) ad quos infamia pervenit, sive apud auditores mediatos: ut contra Less. et Tan. 2. 2. d. 4. q. 6. d. 6. n. 146. docet Card. Lugo; quia totum damnum famae, cuius causa es, teneris reparare: licet aliquando sufficiat dicere, te penitus deceptum, rem aliter se habere, male te informatum fuisse. Vid. Laym. l. 3. t. 3. p. 2. c. 7. Less. c. 11. d. 30.

Dixi, *per se:* plerumque enim per accidens ab hac obligatione talis excusatur, respectu auditorum mediatorum; tum ob moralem impotentiam, tum quia eo ipso, quod apud immediatos retractavit, implicite illis commisit, ut hanc retractationem ipsi indicent aliis, si quibus forte revelaverint. Idque confirmat praxis Confessariorum, qui tantum obligant, ut retractent apud eos, quibus ipsi revelarunt. V. Cad. Lugo l. c.

329. Nihil heic A. habet de restitutione ob laesum honorem per contumeliam. Id alibi notat, ubi *de Ira*, nempe in tr. *de Peccatis* c. 3. dub. 6. resol. 3. versus finem. « Qui per contumeliam laesit alterius honorem, tenetur hunc restituere, etiamsi fama non sit laesa. Hoc autem fieri potest vel per honorificam et amicam salutationem, vel invitationem ad mensam, vel petitionem veniae (etiam subinde flexis genibus et coram testibus) prout laesio gravis fuit ».

330. Notant DD. satis esse, si satisfactio exhibeatur per aliam personam, quae nomine dehonorantis veniam petat.

Bene observat Lugo disp. 15. nn. 54-56., non satis reparari honorem laesum per communem et consuetam honoris significationem. Hanc enim solam exhibendo, profiteris quodammodo te nihil aliud debere offenso, quod quidem praeteritam iniuriam aliquo modo potius confirmat.

Communis tamen significatio interdum sufficere potest, quando censeatur prudenter alius ea esse contentus.

331. Quod spectat ad modum restitutionis, hic diversus erit, pro diversa habitudine laedentis et laesi. Maior enim necessaria erit significatio honoris, si laedens sit inferior aut etiam aequalis. Si laedens sit superior, sufficit satisfactio, qua prudenter manifestetur existimatio de dignitate personae offensae, si e. g. praeveniat salutando, si ostendat benevolentiam etc.

332. S. Alph. n. 986. refert eorum sententiam, qui dicunt, Praelatum a subdito, virum ab uxore, herum a famulo, nobilem a plebeio nunquam teneri veniam exorare. Sed melius dixeris cum Lugo l. c. n. 57. eos *raro* teneri; eo quod frequenter aliter satisfacere possint; secus enim non est cur hi eximantur ab hac naturali obligatione.

333. Communis porro et vera sententia est, ex communi hominum sensu firmata, non teneri offensorem veniam petere, 1° si offensus vindictam sumpserit: 2° si ultio iniuriae ex sententia iudicis iam sumpta fuerit: s. Alph. nn. 989. 990. et Lugo nn. 59-61. Censetur enim offenso iam factum satis.

334. Item ex communi DD. doctrina s. Alph. censet n. 988. posse confessarium abstinere a monendo poenitente exsistente in bona fide, 1° si praevideat, monitionem non profuturam; saepe enim verecundia difficile id reddit: 2° si probabiliter censeri possit laesum recusare eam satisfactionem coram aliis (cum haec per se exigeretur), ne scil. memoria iniuriae acceptae refricetur. Si nihil obstat, alia via honorandi peculiariter offensum quaerenda erit. 3° Si periculum praevideatur, ne ea occasione recrudescat offensio et odium: 4° si ex aliquo indicio appareat iniuriam et satisfactionem ab laeso condonari.

335. Nunc veniamus ad restitutionem famae, de qua heic A. Rationem, quod immediati auditores, coram quibus detractio facta est, assumere sibi censeantur onus retractandi dicta penes eos, quibus ipsi rem retulerint, multis et egregie versat Lugo l. c. nn. 15. 16. Attamen s. Alph. ait n. 991., primam sententiam, quae obligat restituere etiam apud auditores mediatos, sibi veriorem videri, quando constat auditores immediatos id facere neglexisse. Id autem non opponitur doctrinae, quam defendit Lugo; nam et hic hunc casum excipit n. 16. « Quando autem in aliquo casu tibi constaret contrarium (scil. illos non sibi assumere curam reparandi damni) vel ratio esset prudenter dubitandi, tunc procederet doctrina communis, quae, per se loquendo, ut dixi, vera est ». Hoc ergo onus urget certe detractorem, cum auditores putaverint, licite se posse rem aliis manifestare, quia eam iam publicam credebant.

336. Quando crimen impactum est falsum, nulla est difficultas circa obligationem et modum: videlicet debet detractor fateri se falsa narrasse. Sed quid, quando crimen narratum est verum? Difficultas, inquit Lugo n. 30., tota est circa factum seu exsecutionem, nempe quae media reipsa sint idonea ad talem finem, an fateri se mentitum esse, an laudare laesum in aliis materiis et honorare.

1° S. Thomas, ut videre est apud s. Alph. n. 992. suadet, ut detractor dicat, *se male dixisse, se iniuste diffamasse*. Verum, ut alii advertunt, hic modus hodie vix sufficiet. Intelligent scil. alii te peccasse, sed opinionem non mutabunt.

2° Communissime putant alii, idoneum modum esse, serio et pluries honorifice de eo loqui, ubi alia media desint. Et utique fieri potest, ut aliquam compensationem hic modus afferat: sed simul fatendum est, non raro vix quidquam id profuturum ad vulnus inflictum resarcien-

dum. Fac enim dixeris de viro honorato, quod furatus sit, de honesta uxore, quod admiserit adulterium, de clerico, quod nefandum crimen commiserit etc.; quid conferet significatio honoris, quae vel simulata haberi poterit vel praestita tantum ob civilitatem?

3° Alii suggerunt, ut detractor dicat, *se falsum dixisse, se errasse, se deceptum fuisse, se esse mentitum.* Et Lugo l. c. a n. 30. contra eos, qui talia mendacia dixerunt illicita, contendit ea posse ad amphibologiam revocari, v. gr. *falsum respectu publicae notitiae,* mentitus sum, quia omne peccatum est mendacium. Advertit tamen cavendum, ne contrarium effectum gignamus; si enim advertant alii animum tuum, firmabuntur in prava opinione. At si prudens sit spes boni effectus, tum Lugo id non modo licere, sed faciendum esse censet. Si enim in promptu sit medium restitutionis et non sit illicitum, eo profecto uti teneris eadem obligatione ac urget restituendi obligatio. Cf. l. c. n. 30. ad 84.

Unde resolves.

CXVIII. I. Confessarii est, uti et Concionatorum, bene instruere suos et monere de restitutione ac fuga vitii tam communis.

337. Res clara est.

CXIX. II. Is, qui bona fide, vel probabili errore ductus, sine formali mendacio falsum de alio dixit, tenetur (intellecta postea materiali iniustitia) ad restitutionem: licet non tam stricte, quam qui infamavit per iniuriam formalem; hic enim tenetur restituere cum detrimento famae suae, etiam aequali, alter non item, sed tantum, quatenus sine suo notabili incommodo potest. Mol. Less. C. Lug. d. 15. n. 4. Similiter qui crimen narravit de uno, quod auditores ex errore intellexerunt de alio, licet non ex iustitia (siquidem non eius actio, sed error audientium causa fuit damni iniusti), tamen ex caritate tenetur ad restitutionem; cum possit grave damnum proximi sine suo detrimento praecavere. Bon. d. 44.

338. Subdit s. Alph. n. 994. materialem illum detractorem, de quo A. primo loco, teneri ad restitutionem ex iustitia et allegat Lessium, Lugo etc., eo pacto, quo quis incendens absque culpa domum alterius, debet, id advertens, ignem exstinguere. Cf. dicta n. 121. Altero autem loco A. supponit causam omnem erroris esse in auditoribus et sic differt hic casus a priore.

CXX. III. Qui detraxit alteri libello famoso, tenetur, ut efficax sit restitutio, eam facere contrariis scriptis vel publica revocatione. Sà, Bon. d. 2. *de Rest.* q. 4. p. 9.

339. Libellus famosus dicitur scriptura, etsi brevissima, qua publicum fiat quod occultum erat et redundat in infamiam alterius. Ergo non tale est, si factum iam sit publicum, si generatim carpantur mores pravi, si quis iocosa potius quam infamantia scribat, si zelo correctionis. Cf. Salm. *de Rest.* c. 4. n. 39.

Excommunicationis ferendae sententiae, ut s. Alph. ait n. 995, poena decreta est generatim in libellorum auctores. Excommunicationes autem latae sententiae, quas s. Doctor memorat, non amplius vigent. Pro excomm. ferendae sententiae provocat s. Doctor ad c. 1. caus. 5. q. 1. sed ibi poena, quae decernitur, est flagellatio: potius e re esset c. 3.; licet sit cum aliqua limitatione: *Si qui inventi fuerint famosos libellos in ecclesia ponere, anathematizentur.*

Poena autem decreta in scriptorem libelli famosi, non est extendenda ad eum, qui signo aliquo infamat; quia odiosa restringenda.

CXXI. IV. Si ex laesione famae ortum etiam est alteri damnum fortunarum, ut si privatus est officio, excidit spe divitis matrimonii, amisit dotem etc.: tunc et fama debet restitui et damnum illud compensari, ad arbitrium prudentum. Et quidem obligatio restitutionis famae, cum sit pure personalis, non transit ad heredes: obligatio autem compensationis dicti damni, cum habeat respectum ad bona infamatoris, transit ad heredes. Laym. l. c. c. 7. n. 4.

340. Nota, quod dicitur, compensationem faciendam *ad arbitrium prudentum;* intellige, iuxta spem. Sermo nimirum est de eo, qui propter laesionem famae omittat spem officii, coniugii etc. Si autem privatus sit officio, erit compensatio facienda iuxta lucrum amissum. Porro huc revocanda regula, damni resarciendi obligationem esse in foro conscientiae, cum illud praevisum saltem in confuso fuit.

Atque haec de restitutione pro fama laesa. Redeundum ad locum priorem A.

CXXII. 2. Si quis alterum induxit ad peccatum suasione vel exemplo suo, tenetur quidem ex caritate, quoad potest, eum revocare ad meliorem statum, sed non ex iustitia. Less. l. 2. c. 8. d. 2. n. 20. Laym. c. 8. n. 1.

341. Peccat contra iustitiam, si impellat ad peccatum iniustitiae. Ratio generalis doctrinae est: ubi non est vis aut fraus, non est iniuria; quae scienti et volenti non fit. Ergo simplex inductio et suasio non est iniuria; ergo non teneris ex iustitia ad restitutionem, sed solum ex caritate; quae tamen te ad *gravius aliquod incommodum* obligat, quam alios. Lugo. Disp. 9. n. 15.

CXXIII. 3. Si quis autem induxit fraude, dolo, iniusto metu etc., tenetur ad id ex iustitia; quia quisque habet ius, ne iniuste laedatur in bonis spiritualibus. Unde, si laedatur, debet id spirituale restitui, si potest. ibid.

342. Quando vis vel fraus intercedat, laeditur ius alterius, quod habet, ne per vim aut fraudem ei malum aliquod inferatur. Ex iustitia ergo debet restitui, quantum fieri potest, in priorem statum, a quo deiectus fuit.

Sed quid restitui debet? Resp. 1° Si adhuc peccatum, ad quod per

fraudem induxisti vel vi, pendet in futurum, ex iustitia teneris tollere fraudem aut metum aut vim.

2° Si res iam perfecta est et qui inductus iniuste est ad malum, non curat de remedio vel quia malum ignorat aut minus advertit aut quia remedium ipsum ignorat, ex iustitia teneris ad ostendendum remedium vel remedii necessitatem, non secus ac si in corporalibus aliquem fraudulenter induxisses ad sumendum potum venenatum.

3° Si tamen ipse inductus scit peccatum, quod fecit et remedia non ignorat, non erit ex tua parte obligatio iustitiae aliquid faciendi pro damno praeterito; quia qui scit et potest se a malo liberare, si id non faciat, voluntarie in eo perseverat atque adeo renunciare videtur huic tuae obligationi; cum potens semetipsum eripere, nolit tamen a malo liberari.

4° Si propter peccatum, ad quod *iniuste* induxisti alium, metu nempe, vi, fraude etc., hic alia damna vel detrimenta passus est sive in spiritualibus sive in temporalibus, haec omnia tibi imputantur; quia ex tua iniustitia ortum habent: ergo ex iustitia debes subvenire in temporalibus et spiritualibus; v. gr. si causa fuisti, cur expelleretur e religiosa familia vel e collegio vel e domo amici aut consanguinei, qui alebat, aut amitteret officium etc.

CXXIV. 4. Si quis aliquem (etiam Novitium) abduxit ab ingressu religionis, tamen sine vi et fraude; etsi graviter peccavit, id irrationabiliter faciendo ac proinde teneatur ei rursus suadere ingressum ex caritate: non tamen ex iustitia vel illi, vel religioni tenetur, quae nullum adhuc in eum ius acquisivit. V. Lay. l. 3. t. 2. c. 8.

343. Quid vero si per vim aut fraudem Novitium impedivit ne ingrederetur, vel abduxit?

Resp. Dubitari potest de restitutione facienda ipsi Novitio, aut de facienda Religioni seu monasterio.

Et quoad detrimentum spirituale Novitii revocanda sunt, quae generatim diximus de inductione ad malum; nempe non solum vis aut fraus metusque removendus, sed remedia adhibenda, nisi tamen sciens volensque alius patiatur damnum. Sed et reparandum temporale damnum, si quod passus ille fuerit; non illud tamen, in quo dein sciens volensque ille perseveret. Lugo disp. 9. nn. 27. 28.

Quoad Religionem vero seu monasterium, omissa eorum opinione, qui cogebant *ex iustitia* procurare reditum Novitii aut substituere alium, communis sententia docet, *iniustum* abstractionis auctorem teneri ad resarcienda emolumenta *iuxta spem*, quam eorum habebat Religio. Nam licet ius in ea emolumenta non acquirat Religio nisi post professionem; at ius habet, ne volentem ea conferre per vim aut fraudem impediat, ut patet ex generali doctrina.

Merito tamen Lugo disp. 9. n. 34. distinguit inter emolumenta, quae *per se* sunt connexa cum persona Novitii (v. gr. si cathedra in academia potiebatur, cuius proventus ad monasterium obveniret, aptitudo personae ad curandas v. gr. lites) et emolumenta, quae *per accidens* nectantur (v. gr. si habeat bona, quae *forte* relicturus erat aut donaturus Monasterio). Porro ratiocinatio superior valere debet de emolumentis prioris generis, non vero de aliis, nisi forte (ut vult Lugo, n. 35. iuxta suam sententiam) novitium fraudulenter ille ex hac nocendi in iis intentione a religione abstraxisset. Nam priora per se nectebantur cum perseverantia novitii in Religione, non vero posteriora. Quae tamen emolumenta (vid. Lugo ibid. n. 37.) non integre restituenda forent, sed ex parte *secundum spem praesentem* et deductis expensis etc., prouti communiter statui solet quoad eiusmodi emolumenta sperata, quae multipliciter impediri vel morte vel aliis de causis possunt.

CXXV. 5. Si quis religiosum ad apostasiam induxerit suasione aliave cooperatione, obligatur ex iustitia religioni ad restitutionem, non quidem ut ipse (quod aliqui volunt) loco alterius ingrediatur, sed ut suadeat alteri, quoad potest, reditum et compenset monasterio commoda, quae ex hereditate, bonis vel industria alterius exspectabantur.

344. Quid ergo, si non iam de Novitio agatur, sed de Professo. Heic quoque alia est quaestio cum Religioso ipso ad apostasiam inducto, alia cum Religione.

Et quoad Religiosum ipsum, si absque vi aut fraude abstraxeris, certum est, nullam esse obligationem quidpiam ipsi Professo restituendi; quippe scienti et volenti non fit iniuria.

Si vero extractus fuerit per vim sive per fraudem, eadem locum habent, ac cum quis inducitur in peccatum. Nempe auferri debet in primis vis aut fraus, ut liberum illi sit ad statum suum redire; debet etiam restitui pro illato damno, procurando reditum in religionem ac detrimenta omnia resarciri.

Quoad Religionem vero, communis sententia est, restituendum Religioni, quidquid damni incurrat temporalis, sive adsit sive absit fraus vel vis.

Et quidem res est manifesta, si fraus seu vis intercesserit. Nam laeditur per iniustam actionem ius Religionis retinendi suos subditos, multo magis quam pater ius habeat retinendi filios ac filias. Restitutio autem facienda secundum spem.

Quando tamen vis absit, Lugo disp. 9. n. 41. probabilem putat sententiam Lessii, non adesse obligationem satisfaciendi ex iustitia. Nam non videtur cooperator ad id teneri, quando neque principalis operator tenetur ex iustitia, nec contra iustitiam operatur. Atqui Religiosus non

peccat contra iustitiam per egressum, sed solum contra votum etc. Imo et Laymann fatetur lib. 3. tr. 2. cap. 8. n. 3., probabilem hanc sententiam quibusdam videri, licet ipse oppositae adhaereat, a quo Auctor noster eam desumpsit.

Ratio pro doctrina Auctoris (scil. quod teneatur ex iustitia) ex Laymann l. c. est: « quia Religiosus Ordini suo personaliter obligatus est, cum sui iuris amplius non sit, sed Ordini per obedientiae votum, praelato acceptante, se tradiderit. Unde sin minus dominium proprie dictum, saltem nihilominus oritur ius in re, quod satis est ad Religiosum fugientem vendicandum ac reducendum. Ergo Religiosus apostata iniuriam Religioni infert, atque adeo etiam ille, qui illum ad id inducit. Quare uterque ad restitutionem tenetur *ex iustitia*, primo Religiosus redeundo et, quatenus potest, damnum illud compensando; in defectu autem eius obligatur suasor et cooperator, operam dando, ut apostata redeat, vel alium substituendo, aeque idoneum et alia damna, si quae illata sunt, compenset. Neque obstat (inquit Laym.), quod in praxi non servetur: causa enim est, vel quod excusat impotentia, vel quia pars laesa non tanto rigore restitutionem postulat, vel denique quia opposita sententia quibusdam videtur probabilis ». Ita Laymann.

Duo autem advertit Lugo ibid. n. 52. 1º Religiosum profugum non posse condonare restitutionem emolumentorum, quibus fraudatum fuerit monasterium, licet possit condonare iniuriam illatam sibi. Nam iniuria facta Religioni ius ipsi dat exigendi reparationem, a qua non potest eximere nisi Praelatus monasterii.

2º Obligatio haec restituendi saepius vel minuitur vel cessat; quia defectus illius Religiosi facile suppletur per alium. Nam si v. gr. iuvabat Religionem mendicando eleemosynas vel afferendo stipendia Missarum, non desunt alii, qui eandem utilitatem Monasterio afferant.

CXXVI. 6. Si quis veneno, philtro aliove modo alicui destruxit memoriam, rationem etc., tenetur eodem modo, quo mutilator aut vulnerans, de quo supra, ad restitutionem lucri cessantis et damni inde secuti in bonis fortunae.

345. Res est clara.

DUB. VII.

De circumstantiis Restitutionis.

ARTICULUS I.

Quo tempore, loco et modo restituendum sit.

CXXVII. Resp. Debet quamprimum et eo modo ac loco restitui, quo ius et interesse damnificati requirit et commode ac moraliter fieri potest sine gravi incommodo, quod quis pateretur in re sua propria ultra debitum. V. Laym. hic l. 3. tr. 2. c. 10. Fill. tr. 32. c. 4. q. 11.

346. In resp. duo sunt principia prae oculis habenda: 1° Ius et interesse damnificati: 2° Commodum morale debentis restitutionem. Nam etiam exigentia creditoris non debet esse irrationabilis.

Unde resolves.

CXXVIII. 1. Qui non potest commode restituere aperte, faciat clam et qui non potest per se, faciat per aliam personam interpositam, v. gr. confessarium.

347. Quid si pereat res, dum *fideli amico* vel *confessario traditur?* Bene hanc controversiam solvit Lugo disp. 21. sect. 5. Nam 1° si debebas ex re accepta, v. gr. inventa et res *in individuo* restituenda est, quoties sine culpa perit, domino perit. Si vero non erat res in individuo restituenda ac restituas, quanto factus es locupletior, eadem servanda regula: scil. nihil ulterius debes, si absque tua culpa pereat. Cf. Lugo l. c. n. 57.

Certe in conscientiae foro non teneris resarcire, nisi res perierit ex culpa theologica gravi. At culpa gravis esse poterit levis omissio diligentiae, si de re gravissima agatur. In foro autem externo poteris teneri ad resarciendum ex culpa iuridica, sed solum post sententiam iudicis. Gury §. 711. dicit, seclusa culpa et pacto, rem domino perire. At supponit, rem prorsus casu periisse et proinde excludit casum culpae alicuius *iuridicae*. Secus, resolutio esset falsa.

348. 2° Si debes ex contractu in genere rem et non individuo, haec tibi perit, quomodocumque pereat. Excipe nisi ex voluntate creditoris rem tradideris alicui ab illo designato; tunc enim creditori perit, cum per traditionem res illius facta fuerit.

Quando autem res in individuo debetur ex contractu, si sine culpa tua theologica periit, dispiciendum pro ratione contractus est, ad quam culpam tenebaris, an scilicet solum ad latam aut levem seu etiam levissimam. Lug. disp. 21. n. 5. Vid. quae sup. dicta sunt n. 117. de culpa, quae requiratur prout contractus est in favorem unius aut alterius, sc. *commodati, precarii, depositi* etc.

349. Sed 3° quaestio presens ac difficultas est de re debita ex delicto, quam mittis per alium, quia per te non potes. Confessarius autem vel quisquis alius, quem fidelem putasti, totum sibi retinuit vel fures id ipsi surripuerunt.

Porro communis sententia (Lugo disp. 21. n. 59.) est, non eximi ab obligatione restitutionis. « Et quidem, inquit Lugo, stando in ratione, parum probabilitatis invenio in sententia contraria ; nam eius fundamenta vel nihil probant, vel nimium probant etiam contra eius Auctores » (a).

Rationes autem sunt 1° quia certe non satisfacis, si id fiat, cum mittis pretium debitum ex contractu, licet non aliam viam habeas mittendi. Si enim amicus per iter vel submergatur, vel sibi retineat pecuniam, creditor, cui solutum non est, adhuc potest, uti patet, exigere.

2° Si eximeretur in eo casu fur ab obligatione, eximendus pariter foret, quando res debita, diligenter ab eo custoditur ut restituatur et tamen perit incendio vel furto, non peritura apud dominum. Atqui hoc omnes negant.

3° Pecunia, quam tradis confessario, adeo manet tua, ut possis eam repetere et dare alteri vel tibi retinere, exspectata meliori opportunitate. Ego si perit, perit tibi, non autem illi, cui destinatur.

4° Denique quia debitor ex delicto, eo ipso obligatur ad omne damnum fortuitum, quod domino sequitur ex eo, quod res illi iniuste ablata fuerit. Ergo si res pereat sive ob culpam debitoris sive citra culpam, dominus debet resarciri indemnisque servari, sicut fuisset, si res non fuisset ei ablata. Lugo disp. 21. n. 59.

350. Obiic. (apud Lugo disp. 21. n. 58.) 1° Debitor rem tradens Confessario, fecit quantum debuit imo et quantum potuit; neque enim restituere potest sine infamia per se ipsum nec modum habet commodiorem ; non est ergo plus aliquid ab eo exigendum.

2° Certe debitor hoc modo satisfecisset, si creditor in hunc modum consensisset. Atqui implicite ac tacite consensisse censetur. Si enim interrogatus fuisset, consensisset imo consentire debuisset, ut non alio modo restitutio fieret, cum non alio possit modo restitui. Ergo debitor eximitur non secus ac si expresse dominus consensisset.

351. Resp. Lugo n. 60. ad 1. Utique fur fecit, quantum potuit; at si id sufficit ad vitandum peccatum, non sufficit tamen ad exstinguendum debitum nec ad servandum dominum indemnem satis est fecisse quod

---

(a) Excipit Gury §. 711. Resp. 3°. 1° si nuntius designatus sit a domino: 2° vel permissum sit debitori, ut eligat ipse prudentem et fidelem: vel 3° si designatus sit a iudice.

possis, si effectus non sequatur; sicut si ex affectu rem restituendi domino eam in loco tuto collocasses et interim incendio periisset etc.

Ad 2. resp. Dominum consensurum quidem, ut res restituatur per confessarium, sed retento iure, ut quomodocumque res ad se non perveniat, detrimento ipse careat. Neque enim huic iuri tenetur renunciare nec perinde se habet ac si designasset personam, quae suo nomine rem acceptaret.

352. De opposita sententia, quam aliqui doctores probabilem existimarunt (vid. Ligor. lib. 3. n. 705. q. 4. vel olim lib. 1. n. 39.) Ligorius concludit lib. 3. l. c.: « Olim primam sententiam (excusantem nempe ab ulteriore restitutione) vere probabilem censebam; sed ex rationibus mox allatis melius perpensis de illius probabilitate valde dubito. At quia Lessius et Sporer cum Tamburini non audent primam opinionem damnare, nec ipse audeo ».

353. Praeter sententiam hanc Lessii et aliorum, adverte, quod alibi diximus n. 196. de re domino restituenda, at non cum gravissimo incommodo. Proinde si spectata conditione personarum creditoris et debitoris, appareret nimis incommodum id contingere debitori, minus vero creditori: confessarius posset forte facilius ea doctrina Lessii uti, saltem ad rem temperandam.

354. Quaerit Gury §. 712. quomodo restitutio facienda sit pro damnis reipublicae illatis. Respondet autem, quod, si a gubernio statuta sint media, quibus ea fiat, illis utendum est. Idcirco spectandae sunt variae locorum leges. Si autem nullae sint in hac re leges, refert alios docere restitutionem faciendam per tributorum exactores, alios, restitutione facta pauperibus satisfieri. Illud forte iuri conformius, hoc autem, spectatis moribus hominum, verisimiliter securius.

CXXIX. 2. Possessor malae fidei, v. gr. fur, debet suis sumptibus ad eum locum rem deferre, ubi alter habiturus fuisset, si non fuisset ablata, destructa vel inique detenta; deductis tamen expensis, quas aliter eam servando, vel deferendo debuisset facere. Excipe, nisi transferendo deberet plus impendere, quam res valet; tunc enim plerumque ex praesumpta mente domini posset restituere pauperibus, vel in usus pios. Bon. q. 6. p. 1.

355. Diximus alias n. 196. vix nunc esse locum huic quaestioni. Nam media transmittendi rei valorem (sin minus rem ipsam) facilia ubique prostant.

CXXX. 3. Bonae fidei possessor satisfacit, si restituat in loco, ubi rem possidet. l. c.

356. Videlicet moneat dominum, penes se rem esse et si necessariae sint expensae, has dominus debet sustinere.

CXXXI. 4. Debita ex contractu eo loco et tempore solvi debent, de quo inter partes conventum fuit expresse vel tacite. V. Less. et Bonac. l. c.

357. Quoad tempus 1° debitor non peccat graviter, si non restituat, donec alius petat, nisi petere impediatur aut oblivione aut timore aut impotentia; tunc enim creditor non videtur, saltem graviter, invitus. 2° Non erit grave peccatum, si differas restitutionem debiti ex contractu, etiamsi creditor petat, quando differs sine damno creditoris; quia dilatio non est ei graviter iniuriosa.

CXXXII. 5. Si quis possit quamprimum restituere totum, ad id tenetur. Si tamen alter ex dilatione non pateretur ulterius damnum aut non notabile, non facile arguendus esset gravis peccati is, qui cum proposito satisfaciendi differret aut paulatim per partes solveret. V. Bon. *de Contract.* d. 1. q. 6. p. 1.

358. Diximus, non graviter peccare eum, qui differt restituere, creditore licet petente, quando grave huic damnum non obveniat; a fortiori dicendum id est, si non petat. Id autem intelligunt DD. de *dilatione brevi*, quam apud s. Alph. n. 679. quidam 20. dierum spatio circumscribunt. At brevitas videtur definienda ex circumstantiis tum aliis tum etiam rei, de qua agitur, tum etiam personarum. Lug. n. 679.

359. Additur heic quaestio, an sit obligatio restituendi damna ex dilatione restituendi orta. Et DD. communiter casum a casu distinguunt. Vid. Ligor. lib. 3. n. 680. et Lugo disp. 18. n. 35. prouti (Croix lib. 3. p. 2. n. 252.) 1° dilatio in se culpabilis est vel inculpabilis et 2° prouti debitum restituendi est ex contractu vel ex delicto.

Nam si culpabilis est dilatio, sive quia potens heic et nunc restituere, non restituis, sive quia sciens ac praevidens damna ex dilatione timenda, te in impotentiam suo restituendi tempore coniicis: nihil dubitandum, quod ad resarcienda damna teneris, quorum palam es causa iniusta.

Si vero est inculpabilis et obligatio sit *ex contractu*, concedunt omnes, non teneri te ad reparationem damnorum. Ratio est, quia obligatio reparandi oriri non potest nisi ex iniuria circa rei retentionem et quidem ex iniuria gravi; secus proportio deesset inter culpam et obligationem. Si itaque vel ex inadvertentia aut oblivione aut impotentia non solvisti, non es reus illius culpae etc.; sicut et si quis bona fide putet, creditorem, scientem ac potentem exigere et nihilominus non exigentem, non velle uti iure suo et obligare sub gravi ad non differendum.

Quando vero obligatio sit ex delicto, communior et, ut Ligorius cum aliis dicit n. 680., probabilior sententia est, obligari debitorem ad damna resarcienda. Ratio est, quia hic culpabiliter est causa damni, quodcumque tandem etiam fortuito eveniat ex iniusta illa ablatione. Attamen non pauci habent probabilem sententiam oppositam (apud Ligor. n. 580. et Croix ll. cc.). Namque si voluntas utique adest restituendi etiam nunc,

at vel gravis necessitas obstat aut impotentia vel spirituale periculum, iusta est dilatio; iusta autem dilatio purgat moram atque adeo non es iniusta causa horum damnorum, nec censeri potest rationabiliter invitus creditor. Haec postrema sententia potest usui esse confessariis, ut difficultatem (semper grandem) restituendi imminuant.

CXXXIII. 6. Qui scit, se teneri ad restitutionem et, cum possit in vita, non vult restituere, nisi in articulo mortis vel post mortem per heredes, absolvi non debet nec potest; quia semper est in actuali peccato et impoenitens. Syl. Sayr. Bon. Trull. c. 14. d. 11.

360. Non unicus hic casus (scil. illius, qui, cum possit heic et nunc, non vult restituere nisi in articulo mortis vel onus heredibus relinquere) confessario est observandus. Itaque 1° Non potest certo absolvere eum, qui scit obligationem et tamen non habet propositum restituendi. Non enim est dispositus, quippe qui in statu peccati manere vult.

2° Neque eum potest absolvere, qui cum possit totum nunc restituere, vult paulatim restituere per partes, siquidem grave inde damnum alteri obveniat. Ratio eadem est ac supra; quia incommodum creditoris est grave et renitentia est rationabilis.

3° Neque eum, qui vult differre usque ad articulum mortis aut ad mortem sequutam; ratio eadem est. Insuper nisi iam amodo testamentum condiderit, periculum est, ne prorsus omittatur restitutio. Adde adesse posse interdum periculum, ne fiat ad restituendum impos.

361. Fatendum tamen est (vid. Silvest. Armilla Dicastil. etc. apud Salmantic. *De Restit.* cap. 1. n. 256.) haud raro evenire, ut quidam parum aut nihil advertant ad damna, quae ex eiusmodi dilationibus oriri possunt ac bona fide putent, satis esse, si in morte restituant. Neque negandum est, reapse id non raro fieri, cum summa restituenda est utique gravis peccati materia, sed non est valde notabilis quoad lucra inde speranda, aut quoad incommodum inde domino seu creditori proveniens. Id vero magis etiam locum habere potest, quando debita sunt incerta et ideo restitutio facienda est pauperibus aut Ecclesiae aut locis piis. Quando itaque adsit haec bona fides et admonitio confessarii praevideatur non profutura, sive quia animum non inducerent, sive quia in dubium venirent, sed non certo sibi suaderent, tunc potest poenitens in sua bona fide relinqui.

Ad haec sufficiens esset huiusmodi dilationis causa, si alioquin periculum esset scandali, infamiae etc.

Multo vero magis absolvi posset, quando poenitens paratus esset etiam damna quaelibet compensare, quae ex dilatione provenirent.

362. Addit heic s. Alphonsus (n. 682.), an absolvendus sit poenitens, antequam restituat, si restituere possit.

Respondet autem, duplicem esse sententiam, quarum prior dicit posse absolvi, secunda autem negat et addit, se cum Concina tenere, non esse

absolvendum, antequam restituat; prouti non absolvendus concubinarius, antequam domo abiiciat concubinam.

Verum 1° non videtur sic proponenda quaestio « *an sit absolvendus* etc. ; est enim ambigua nec constat an quaeras *num absolvi possit* » an vero « *num expediens et utile sit ac conveniens sit statim absolvere* » imo etiam « *num necesse sit eum prius absolvere* ». Profecto haec tria confundi non debent; quippe si absolvere non liceat, nulla unquam accedet ratio, ob quam hanc regulam postponere quis possit: si vero liceat, sed dubitetur solum an magis utile futurum sit, ut prius fiat restitutio, tunc quaerendum erit, an adsint rationes sic vel sic deliberandi.

Et sane aliam faciem habent res, si in abstracto eas fingis in cubiculo tuo, aliam dum in concreto deduci debent ad praxim.

363. Porro, ut clare status quaestionis definiatur, heic sermo esse debet de eo poenitente, qui sincerum animum seu propositum habere putetur tum restituendi tum non differendi restitutionem, ubi gravis etiam obligatio est non differendi. Dico, id supponendum: secus falsum est duplicem esse sententiam; neque enim quispiam docuit absolvendos eos, qui ita animo comparati non sint, ut velit obligationi satisfacere. At vero ratio si qua est, non quidem negandi absolutionem (si enim disposito poenitenti negaretur absolutio, graviter peccaret confessarius), sed differendi, haec est, ne poenitens in re generatim difficili ad exsequendum difficultati succumbat et propositum alioquin sincerum, tentatione accedente, non impleat opere. Utile ergo existimari potest, ne poenitens huic tentationi exponatur. Porro si ita res est, finge accedere poenitentem, qui aut nullo modo possit, aut non sine gravi incommodo possit ad eundem confessarium reverti (haec autem non raro fiunt); poterit ne poenitens cogi, ut absolutione careat et iterum apud alium confessionem repetat? Aut si non possit nisi post diuturnum tempus redire, cogeturne carere beneficio iustificationis ad tam longum tempus?

Addit s. Alphons. l. c.: « Ceterum bene ait Concina, quod si revera prudens confessarius deprehendat debitorem sincere paratum esse restituere *cum primum poterit et restitutio non possit fieri cito*, recte poterit eum absolvere pro prima vice; imo probabilissime id admittunt Salmanticenses etiam pro secunda et tertia vice, si tales occurrant circumstantiae, quod confessarius solo proposito restitutionis contentus esse debeat ». Atqui nullus video, curnam, si circumstantiae tales sint, quod confessarius *debeat* esse contentus *solo proposito* restitutionis, iam non possit absolvere etiam tricesima vice: neque video, cur *probabilissime* id Salmanticenses dicant. Numquid enim dubium est aut esse potest, confessarium non *posse* modo (quod ex benignitate sua Concina concedit) sed *debere* prorsus *sub reatu gravis peccati* absolvere poenitentem rite

dispositum, qui ideo solum non restituit tunc, quia tunc non potest? Estne haec mira sapientia Concinae, quod confessarius *pro una vice possit* absolvere eum, qui vult, sed non potest restituere?

Sed reipsa alius est status controversiae, videlicet non de eo agitur, qui modo non potest restituere, ut male fingit hypothesim Concina, sed de eo, qui possit et omittat ex negligentia.

364. In qua ergo re discrepat reipsa haec Conciniana a communi sententia? Audiatur Viva (qui exhibetur ceu primae sententiae patronus scilicet sententiae, quae non placet Concinae ac s. Alphonso) *De Restit.* q. 1. art. 5. n. IV.: « Certum est, quod impotens restituere, absolvi debeat, si doleat de peccato et proponat restituere, cum commode poterit. Qui tamen restituere statim poterat, profecto debuisset restituere, antequam ad pedes confessarii accederet; quia quaelibet dilatio restitutionis, invito rationabiliter domino, est peccatum actuale: qui autem accedit ad sacramentum Poenitentiae, debet accedere immunis a quolibet peccato actuali. Quod si non advertens ad hanc obligationem non differendi, accedat ad confessarium, doleat ex corde et promittat statim post confessionem se restituturum, prima vice est absolvendus; nisi prudenter timeatur, aut quod non habeat verum propositum aut quod non sit restituturus, unde melius sit illum dimittere, ut prius restituat, si restitutio statim fieri potest et deinde ad absolutionem accedat. Si vero restitutio non potest fieri nisi post longum tempus, non debet sine absolutione dimitti, quando habet verum propositum et haec est praxis Ecclesiae; tum quia speratur, illum facilius restituturum post gratiam absolutionis tum etiam quia aliter exponitur periculo, quod non redeat ad Sacramentum poenitentiae et sic privetur magno fructu spirituali ». Et n. VI.: « Qui tamen semel absolutus cum promissione statim restituendi, deinde non restituit, non est iterum facile absolvendus ante realem restitutionem sed cum eo agendum sicut cum eo, qui promisit dimittere concubinam, ac vitare occasionem peccati et deinde non vitavit. Si tamen iterum appareat magnus dolor et firmius propositum, potest secunda vice benigne absolvi ex Navarr. Paludan et aliis... Imo nonnulli concedunt... contra communiorem, quod possit etiam tertia vice et aliquando adhuc quarta absolvi, memores fragilitatis humanae; eae enim possunt circumstantiae concurrere et signa doloris apparere, ut non videatur poenitens heic et nunc indignus absolutione, quamvis alias in proposito defecerit ».

365. Nihilominus accurate distinguendum inter dilationem restitutionis et expulsionis concubinae. Haec enim est occasio proxima: dilatio autem restitutionis non est huiusmodi et multipliciter differt.

Nam 1° DD. concedunt, non esse grave differre ad breve tempus, quod protendunt ad 20 dies: quod de concubina nemo dixit.

2° Ut graviter debitor obligetur ad non differendum, oportet ut dilatio sit damnosa: atqui ob modicitatem summae saepissime non poterit dici graviter damnosa. Haec autem non valent de concubina.

3° Saepius poenitens utut generatim paratus ad restituendum, tamen multa habet quae componat, quo commode id exsequi possit: quae praestari non possunt stando pede in uno.

4° Saepe summam, quae restituenda est, corrogari debet paulatim, subtrahendo sensim e quotidiano lucro etc.

5° Cum agatur saepe de restitutione facienda clam et facienda sit interdum remote degentibus, non potest statim et expedite fieri.

Ergo magna opus est prudentia et praeterea distinguendum est, quando ex mera negligentia, quando ex tenacitate dilatio oriatur.

His omnibus inspectis, utique si adiuncta postulent, exigat confessarius ut statim poenitens exsequatur et id cedet in bonum poenitentis, licet necessarium non foret. At cavendum etiam est, ne sine gravi causa ac necessaria iniustus sit ergo poenitentem.

366. Gury docet §. 632. n. 6. « Caute agere debet confessarius cum moribundis restitutioni obnoxiis. Sic procedere iuvabit: 1° Si poenitens videatur in bona fide nec supersit tempus eum de sua obligatione prudenter monendi aut praevideatur, non profuturam esse monitionem, hac omissa, erit absolvendus. 2° Si vero fructus monitionis speretur aut *si versetur poenitens in ignorantia vincibili,* fortiter simul et suaviter admonendus erit de restitutionis obligatione et ad illam statim peragendam adiuvandus. 3° Si obligatio occulta sit, nec statim fieri queat, erit inducendus aeger ad summam pecuniae ipsi confessario vel viro fideli committendam, ut postea creditori secreto remittatur, vel ad eam summam illi in testamento relinquendam, omissa restitutionis mentione. 4° Si obligatio non sit occulta, nec statim adimpleri possit, procuret confessarius, ut per heredes certo faciendam curet, sive per schedulam creditori traditam etc. ».

Quod dicit: « *Si versetur in ignorantia vincibili* » intellige *actualiter vincibili,* scil. si versetur in *gravi dubio* etc. Nam si *vincibilis* ideo solum dicatur, quia culpa negligentiae praecessit et modo nullum succurrit dubium, non censeretur aeger in mala fide.

367. Quaestionem addit s. Alph. n. 683., quot peccata committat negligens culpabiliter restituere.

Et respondet, iuxta quosdam istum peccare toties, quoties proponit non restituere et quoties data occasione non restituit, imo quoties per somnum aut alia distrahitur: iuxta alios vero censeri unum peccatum, licet per annum et amplius in eadem voluntate perseveret, nisi forte retractet etc... Et s. Alph. concludit, utramque sententiam esse probabilem,

sed secundam videri probabiliorem: quod deservit confessario circa interrogandum poenitentem. Sed cf. de his in Tract. *De peccatis*, ubi de distinctione numerica peccatorum.

ARTICULUS II.

Quo ordine facienda restitutio.

CXXXIV. Resp. Certum est, non necessario ordinem servari, quando debitor omnibus solvere potest: quando vero tantum non habet aut heredibus reliquit, sequentes Regulae servandae.

368. Advertatur ergo in sequentibus quaestiones esse de iis, qui non habent, quo omnibus creditoribus suis faciant satis: pro quibus statuuntur sequentes regulae.

CXXXV. 1. Si debitor rem alterius apud se habet, quocumque titulo habeat, sive ex furto sive ex deposito sive inventione etc. debet prius restitui domino suo, vel eo deficiente, pauperibus. Similiter si res empta ad creditum, pretio non soluto, adhuc exstet. Nav. Sylv. Bon. q. 3. p. 2. Hoc tamen Less. c. 15. d. 2. contra Bon. etc. limitat, nisi venditor ab emptore fideiussorem vel pignus accepit.

369. Ratio clara est, cur res aliena exstans reddenda sit domino: sive illa res sit commodata sive deposita sive inventa sive furtiva; quia dominus in ea dominium retinet et debita alia nequeunt ex ea solvi, quae solvenda sunt ex bonis debitoris.

Quod dicitur, deficiente domino, rem distribuendam pauperibus, non caret omni difficultate. Nam si sit *inventa*, diximus alias, non adesse certam hanc obligationem distribuendi eam pauperibus, sed aut domino servandam, aut posse inventorem eam sibi retinere.

Deinde si homo gravatur debitis, quibus omnibus solvendis par non est, est ergo pauper et quidem eiusmodi pauper est, qui sit miserrimus; quippe qui non solum caret *positiva substantia* sed qui *negativa* premitur, adeo ut sit pauper et re et spe seu exspectatione in posterum. Ad haec si opus misericordiae est ac bonum spirituale creditoris, si, quod sibi debetur, erogetur in pauperes aut usus pios, profecto finem suum sic obtinet, si res ipsius in solvendis aliis debitis impendatur. Nam usus est pius atque opus misericordiae praebere praesidium ad debita solvenda. Imo id omnino videretur suadendum, ut consulat etiam creditori huic incerto; nam si debitor pauper sit re, non autem prorsus spe, fieri poterit, ut aliquando domino res sua (in aequivalenti) restituatur; qua spe decidit creditor, si pauperibus distribuatur. Lugo disp. 20. n. 4-6.

370. Casum de herede, qui de re exstante compositionem faciat (vid. art. seq. resol. 2.) cum domino, vid. apud Lugo disp. 20. n. 14. Nempe si rei cuiuspiam determinatae, certe alienae, dominus sit incertus et in-

cognitus, adhuc praeferendus est aliis creditoribus quoad rem illam eaque debet dari pauperibus vel locis piis (sed habenda est ratio dictorum n. praeced.). Unde infertur, quod si heres pro re illa compositionem faciat, non nomine defuncti vel hereditatis, sed suo nomine, poterit sibi eam retinere, neque ex illa solvere aliis creditoribus. Ratio, quia heres iam illam possidebat et ipse reddere eam domino debebat. Ergo si hoc debitum ipsi condonetur, eo ipso rem illam non iam ex testamento aut hereditate censetur habere, sed ex condonatione seu donatione sibi facta ab habente auctoritatem.

371. Quoad ultimam exceptionem quaestio scil. instituitur, an venditor rei, re exstante, praeponendus sit aliis creditoribus, ut suam rem recipiat et Gury in not. ad §. 705. generatim, non secus ac Auctor, dicit, rem emptam ad creditum, non soluto pretio, si adhuc in specie exstet, ex iure romano restituendam domino. Sed debebat sane distinguere, num talis esset venditio, quae dominium transferret, nec ne. Nam iure romano contractus venditionis, cum res tradita fuerit, etsi pretium nondum sit solutum, duplicem admittit hypothesim, dominii scilicet in emptorem modo translati, modo non translati. Nam ut habetur l. *Procuratoris* Dig. *de Tributoria actione*, « Res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero (idest tradidero), nisi aere soluto vel fideiussore dato, vel alias satisfacto » secus ait vindicari eas posse a venditore. Plenius in Inst. *De rerum divis.* §. 41. « Venditae res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato... Sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit (fidem nempe ei habuerit absque ulla satisfactione), dicendum est, statim rem emptoris fieri ».

Nulla porro est controversia, quando rei dominium translatum non fuerit; certe enim res domino h. e. venditori est reddenda. At si dominium rei translatum fuit et iuris romani ratio habeatur: probabilior est sententia (cf. Lugo disp. 20. n. 17. s. Alph. n. 685.) negans praeferendum esse venditorem aliis creditoribus; quia nec iure romano nec ipso iure naturae manet res hypothecata domino, cum emptor possit de ea pro lubito disponere: sed remanet venditori creditum personale erga emptorem.

Nihilominus cuiusque loci leges in hac re servandae sunt. Et quidem si dominii translatio facta fuerit et nihil de hoc casu leges loci propriae definiant aut iudicis sententia decreverit, confessarius nec prohibere potest, quominus venditor sibi rem suam vindicet nec praecipere aliis, ut rem venditori cedant. Ratio est, quia pro utraque sententia probabiles rationes militant; nam plures sunt, qui et in facta hypothesi contendant venditorem esse praeferendum, eo quod id postulet aequitas naturalis:

etsi enim dominium translatum sit, sub conditione tamen (pretii) translatum censetur.

Gury §. 705. 3. dicit, ex iure gallico rem venditam (intellige mobilem), non soluto pretio, repeti posse intra octo dies a traditione tantum, dummodo res in eodem statu sit, quo tradita fuit; sed pretium eius semper esse privilegiatum art. 2102. 4., quod valet etiam de pretio rei immobilis art. 2103. 1.

In iure italico quindecim dies conceduntur pro vindicatione rei mobilis venditae art. 1513.: sed de privilegio pretii nihil decernitur.

Si autem agatur de re immobili, tale privilegium a iure ital. conceditur; cum onus imponatur art. 1985. conservatori, ut aiunt, hypothecarum, inscribendi hypothecam legalem, quae spectat ad eum, qui sua alienat, iuxta art. 1969. n. 1., quo imponitur venditori aut alii alienanti, hypotheca legalis, supra immobilia alienata, pro implemento obligationum derivantium ab actu alienationis.

372. S. Alph. alium casum proponit n. 686. nempe si pecunia furtiva immixta sit propriae et ait rationabiliter dici eam ante alia debita esse restituendam; quia totus cumulus remanet obligatus domino pecuniae ablatae et remittit ad n. 499. Nihilominus ibid. v. *notandum* docuerat, probabile esse quod ait Lugo disp. 6. n. 66. cum aliis, furem per admixtionem fieri dominum totius cumuli saltem si pars furtiva minor fuerit (cf. n. 211). Ergo etiam in nostro casu tunc probabile erit non esse obligationem restituendi pecuniam ante alia debita.

CXXXVI. 2. Si restitutio facienda ratione iniustae actionis, prius restitui debent certa, hoc est, quorum domini cognoscuntur, quam incerta Bonac. Less. d. 1.; quia illa iure naturae debentur suis dominis, haec autem iure solo positivo pauperibus.

373. Prius nota doctrinam A. de restituendo pauperibus ex iure positivo: scil. agit de debitis ex delicto et haec pauperibus reddenda, alias vidimus, praecipi a iure canonico ex parte saltem. Cf. nn. 186. 187.

S. Alph. n. 687. dicit probabilem esse Auctoris sententiam, nempe prius solvenda certa; attamen probabilem esse etiam oppositam sc. quod si debitor non possit debita tum certa tum incerta solvere, restitutio fiat pro rata etiam pauperibus pro debitis incertis et ait Lugo disp. 20. n. 5. putare hanc sententiam probabilissimam.

Attamen reipsa Lugo concedit in primam sententiam. Nam utique l. c. dicit sententiam Molina *probabilissimam*. Sed eatenus eam probat, quatenus Molina negat, ita solvenda esse prius debita certa, quasi incertorum non habenda esset tunc ratio; cum tamen et ad haec solvenda ex iure naturae teneamur. Ceterum ipse Lugo mox eandem sententiam sic explicat, ut eam cum prima conciliet.

Placet heic verba Lugo afferre, quippe quae mire consonent cum iis,

quae superius hac de re dixi (sup. n. 369.): « Hanc Molinae sententiam, inquit, probabilissimam puto propter rationes adductas. Ne tamen a *communi* sententia discedamus, insistendo nostris principiis et supponendo obligationem restituendi pro eiusmodi debitis incertis esse ex iure naturae (haec est opinio Lugo: cf. dicta n. 187.), dicere possumus, regulariter loquendo, praeferenda quidem esse debita certa incertis, non tamen semper et in omni casu. Cum enim tota ratio, cur creditori *incerto* vel *longe distanti* (hinc patet, Lugo latius rem accipere, dum A. solum de debitis presse incertis et quidem *ex delicto* agit), restituendum sit circa opera pia et pauperes, sit voluntas praesumpta creditoris, consequens est, ut iuxta diversitatem circumstantiarum diversimode interpretanda sit eiusdem creditoris voluntas... Quando ego debita omnia solvi possunt, debent incerta debita in pios usus expendi; quia creditur ita velle nunc creditor. Quando vero non possunt omnia solvi et urgent alia debita certa, tunc possunt et debent regulariter debita alia certa solvi *ex praesumpta eiusdem creditoris voluntate*. Sicut enim, quando omnia solvi possunt, praesumitur incertus creditor velle, quod expendantur et solvantur in usus pios, sic *a fortiori* quando omnia non possunt solvi, praesumitur velle, quod solvatur creditoribus certis. Nam eo modo utrumque finem melius consequitur creditor incertus, cum et cooperetur ad opus pium et honestum, nempe ut debitor liberetur a creditoribus certis eum prementibus, quod quidem semper reputatur opus pium et eleemosyna Deo grata, opem nimirum ferre aere alieno gravatis, ut liberentur: et rursus conservat integrum suum creditum, ut si quando debitor ad pinguiorem fortunam redeat vel alia eius bona reperiantur, possit debitum illud solvi, si opportunitas fuerit, vel certe expendi in usus pios. Merito ergo potuit haec voluntas praesumi in iis circumstantiis in creditore incerto et ea de causa solvi prius creditoribus certis, quam illi ».

Ceterum exceptiones, quas Lugo apponit ibid. n. 6., nihil prorsus opponuntur A. doctrinae. Prima exceptio versatur circa debitum non reipsa incertum, sed quod aequiparari *solebat* incerto, videlicet erga absentem, cui res transmitti non possit. Si adesset, inquit, frater illius creditoris et quidem egenus et pauper, praesumi debet creditor velle, ut huic res tradatur.

Altera exceptio est, si agatur de debitis certis non onerosis sed gratuitis. Neque enim, inquit, praesumi debet velle creditor, quod solvantur debita gratuita integra non indigentibus, sed potius velle quod solvatur ei expendendo in usus pios etc. Secus ansa daretur debitoribus promittendi et donandi vane et superflue amicis et sociis in fraudem creditorum incertorum etc.

Atqui, uti patet, neutra exceptio quidquam commune habet cum doctrina A., quae versatur circa debita *onerosa* et quidem ex delicto.

CXXXVII. 3. Prius facienda est restitutio debitorum licite contractorum, quam usurarum, cum in his dominus non fuerit simpliciter invitus.

374. Dicitur *non simpliciter invitus* fuisse mutuatarius solvens usuras; quia voluntarie, licet non pleno voluntario, solvit: obligatio autem, qua mutuans tenetur, restituendi eas usuras est ex iniustitia tituli, non secus ac si pretii excessus quidam ab aliquo receptus fuerit. Et discrimen quisque sentit, num magis invitus sit quoad rem sibi furtim ablatam, aut quoad usurae retentionem.

Heic s. Alph. n. 688. cum aliis quaestionem generaliorem addit, an praeferenda sint debita ex delicto debitis ex contractu iusto. Et tres dicit esse sententias: 1ª praeferenda dicit debita ex delicto: 2ª debita ex iusto (oneroso tamen) contractu: 3ª dicit solvendum omnibus sine ordine pro rata.

At secunda, ut bene ostensum dicit s. Alph. a Lugo, nullam magni momenti rationem habet: neque scio, cur probabilem et in praxi tutam eam quoque dixerint Salmanticenses.

Tertiam sententiam communiorem et probabiliorem dicit s. Doctor: quia iure positivo nulla praelatio praescribitur nec eam statuit ius naturale. Nam ratio restitutionis est aequalitas facienda, quae perinde se habet sive debeas ex delicto sive ex contractu.

CXXXVIII. 4. Debita ex titulo oneroso prius solvenda sunt, quam quae debentur gratuito, v. gr. ex promissione; quia haec includunt tacitam conditionem, nisi quid obstet. Hinc debita defuncti solvenda sunt ante omnia legata, etiam pia. Navarr. Sylvest. Con. q. 8. p. 2.

375. Certa et communis est doctrina et ratio addita satis est perspicua.

CXXXIX. 5. In reliquis debitis servandum est ius particulare loci, si tale sit et non repugnet iuri naturae. Si nullum sit, sequendum est ius commune, secundum quod 1. Solvenda sunt debita, ad quae bona debitorum expresse fuerunt obligata. 2. Dos uxoris extrahenda est. 3. Debita, ad quae bona debitorum sunt tacite hypothecata. 4. Deposita perdita in potestate debitorum. 5. Debita privilegiatorum. 6. Aliorum creditorum: post quos omnes sunt hi, a quibus usurae acceptae sunt et adhuc post hos restituenda sunt bona incerta. Quando autem multi unius rationis creditores inveniuntur, temporis antiquitas inter eos servanda est. Vid. Laym. l. 3. tr. 2. c. 11. Ubi addit, ex bonis debitoris, si is defunctus sit, imprimis solvendas esse impensas funeris et quae ad confectionem inventarii, aperitionem testamenti, item ad Medicos et Pharmacopolas pertinent. V. Fill. c. 4. q. 13.

376.* Hypotheca, ait Lugo disp. 20. n. 39., alia est *expressa*, alia *tacita*. Expressa est, qua debitor expresse obligat rem vel res suas pro debito: tacita est, qua, etiam debitore vel creditore id non explicante, intelligitur *ex iuris dispositione* res obligata: omnis scilicet tacita hypotheca ex humano iure seu legis dispositione est, unde et *legitima* vocatur; si namque ex voluntate contrahentium induceretur, iam foret hypotheca expressa. Utraque tum expressa tum tacita potest esse vel *generalis*, qua bona omnia

debitoris obligentur praesentia et futura, vel *specialis*, qua certa et determinata bona obligentur.

377. Tenendum est, quod ait A., servandas esse hac in re leges cuiusque loci, dummodo utique iuri naturae non repugnent.

Quod spectat ad dispositiones iuris communis seu romani, en quae habet Laymann ab A. citatus, *de Restit.* c. 11. n. 3. seqq.

I. Ex bonis ipsius debitoris, si defunctus sit, solvendae sunt in primis impensae funeris et quae necessariae sunt confectioni inventarii, aperitioni testamenti: item Medicorum honorarium et Pharmacopolarum pretia. Sunt ergo haec credita *privilegiata.*

II. Creditores *hypothecarii*, qui non solum personam, sed rem eius habent obligatam, in ea praeferuntur omnibus creditoribus chirographariis, qui solam personam personali actione sibi obligatam tenent.

Inter ipsos autem hypothecarios creditores concurrentes in eadem hypotheca seu pignore (*pignus* et *hypothecam* pro synonymis usurpat Laymann: cf. *de Pactis et Contractibus* c. 30. n. 1.), locum habet regula: *qui prior tempore potior iure.*

Excipiuntur tamen nonnulli casus *privilegiati.* 1° Qui pecuniam credidit ad emptionem praedii, aedificationem domus atque ius pignoris sibi, in iis pactus est, praefertur creditoribus habentibus anteriorem generalem hypothecam in bonis debitoris. Ratio est; quia talis creditor causam pignoris praebuit.

2° Qui pecuniam credidit ad conservationem aedium iam alteri priori creditori nomine specialis hypotecae obligatarum, huic praefertur.

3° Item qui pecuniam credidit in conservationem aliarum rerum (praeter aedes), puta navis, mercium etc. atque ius pignoris sibi in iis constituit, is aliis hypothecariis creditoribus etsi prioribus, praefertur. Cuius et praecedentis exceptionis ratio affertur in iure; quia per eam pecuniam creditam pignus servatum fuit.

4° Bona mariti sunt tacite obligata uxori eiusque liberis pro dote, adeo ut ii aliis creditoribus etiam prioribus, habentibus tacitam, non similiter privilegiatam hypothecam, praeferantur. Non vero praeferuntur habentibus hypothecam priorem expressam: lex enim non intendit dare privilegium mulieri cum praeiudicio et damno eorum, quibus ex propria conventione ius acquisitum est.

Dos vero sponsae ante matrimonium ne tacitam quidem hypothecam habet et solum praefertur creditoribus personalibus. Lugo disp. 20. n. 83.

5° Si ex pecunia pupilli res aliqua comparata sit, in ea ipse tacitam hypothecam acquirit et iuris praelationem. Quod et in Ecclesia valet, si ex pecunia Ecclesiae ab eius administratore res aliqua comparata sit; quia Ecclesia aequiparatur minori.

6° Si privatus accipit hypothecam generalem in bonis alicuius acquisitis et acquirendis ac post eum fiscus: ille praefertur fisco in bonis acquisitis ante fisci obligationem, sed fiscus illi praefertur in bonis acquisitis post obligationem cum fisco contractam.

7° Inter creditores privatos, quorum unus privata scriptura, alter publicis actis vel instrumento de pignore cavit, hic illi praefertur idque statutum est ob fraudis suspicionem, quae in privata scriptura facile intervenire potest. Quocirca si fraudis praesumptio absit possitque per testes probari prioritas hypothecae, quae privata scriptura est constituta: haec erit potior habenda; quia in litibus exercendis non minorem fidem merentur depositiones testium, quam publica instrumenta.

III. Post debita realia et hypothecaria, solvenda sunt debita mere personalia sive ex contractu oneroso sive ex delicto.

Sunt tamen aliqui creditores *privilegiati*, qui totum debitum postulare possunt, antequam alii creditores chirographarii admittantur. 1° Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur.

2° Qui pecuniam deposuit apud depositarios a Republica constitutos, cum depositum transit in contractum mutui, pecunia absumpta, aliis creditoribus praefertur etiam privilegiatis, nisi acceperit usuras.

3° Qui pecuniam credidit ad navem extruendam, instruendam, emendam, habet privilegium praelationis: quod in favorem maritimae navigationis concessum dicitur.

IV. Si postquam privilegiatis creditoribus factum est satis, adhuc supersint bona debitoris, facienda est solutio reliquis creditoribus pro rata; quin opus sit rationem habere, utrum tempore priores sint an posteriores: omnes nempe pares inter se censentur. Ita Laymann l. c. et Lessius id putat verius l. 2. c. 15. d. 6. *.

Nihilominus quod dicit A., temporis antiquitatem servandam esse inter debitores non modo hypothecarios, sed etiam personales, probabilius esse s. Alph. n. 690. fatetur. « Licet, inquit, ius civile tantum loquatur de creditoribus hypothecariis; tamen ex iure canonico de omnibus valet regula illa: qui prior est tempore, potior est iure idque fundatur in iure naturali. Creditor enim personalis, quamvis directe personam creditoris, indirecte tamen obligata habet etiam eius bona, in quibus non debet praeiudicari a superveniente creditore (a).

(a) Ex iure gallico: quicumque se personaliter obligavit, tenetur suae obligationi satisfacere ex omnibus suis bonis mobilibus seu immobilibus, praesentibus seu futuris. Bona proinde debitoris sunt commune veluti pignus suorum creditorum, iique pares sunt in iure exigendi quod suum est, nisi causae legitimae exsistant inter ipsos praelationis. Causae porro legitimae sunt *privilegia* et *hypothecae*. C. G. art. 2092-2094. Consentit ius italicum C. art. 1948-1950.

378. Quaestio tandem restat, an ceteris paribus, creditor pauper sit praeferendus diviti; nam quidam hoc voluerunt. Sed cum de iustitia agatur non caritate et ius utriusque par sit, oportet utrique pro rata restituere. Id saltem ut probabilius tenet s. Alph. n. 691. Gury §. 706. q. 3. excipit nisi pauper sit in extrema necessitate, cuius exceptionis ratio facile patet.

CXL. Quaeres, Utrum prius exigenti non liceat prius solvere.

Resp. 1. Solvens scienter posteriori, praeterito qui habet hypothecam priorem, vel privilegiatam, peccat teneturque priori de damno, qui etiam potest recuperare solutum. Less. l. 2. c. 15. d. 5. ex l. *Scimus* §. *Et si praefatam* C. *de iure delib.*

2. Si ex pluribus creditoribus personalibus aequalibus aliquis exigat (sive in iudicio sive extra) tenetur ei in integrum solvere; quia diligentia fecit eum potiorem. Nav. Sylv. Bon. l. c. ex *l. Pupillus ff. quae in fraudem.*

3. Debitor sciens statum suum labentem, non potest non petenti integre satisfacere, sed debet omnibus personalibus solvere pro rata (si tamen iste solutionem accepisset, an posset retinere, controvertitur. V. Bon. Less. l. c. Trull. l. 7. c. 14. d. 22.) nec potest uni solvere, omissis aliis, nisi secundum ordinem supradictum.

379. * Ut intelligas quo spectet citatio leg. *Scimus* §. *Etsi praefatam*, cui et tres seqq. §§. addendae sunt, accipe rem clarius a Molina tom. 2. disp. 536. nn. 36. 37. « Quando creditores sunt hypothecarii, quia ius habent in re in bonis debitoris ipsis hypothecatis, esto aliis creditoribus... prius solvatur de bonis hypothecatis iis: qui eis essent praeponendi, exigere poterunt ea bona ipsis hypothecata ab his, quibus prius facta fuerit solutio, vel apud quos illa fuerint reperta ».

« Excipe, nisi heres, qui inventarium confecit, fuerit, qui solvit creditoribus defuncti; nam tunc creditores hypothecarii anteriores exigere possunt hypothecas aut pretium, quod ex illis acceptum est, a creditoribus, qui solutionem acceperunt et erant postponendi: inquietare tamen

---

Creditores privilegiati praeferuntur hypothecariis. Ita utrumque ius, G. a. 2095. It. 1953.

Credita privilegiata super res mobiles generatim sunt expensae iudiciariae, expensae funeris, expensae quaelibet ultimae infirmitatis: mercedes famulorum pro anno elapso et quod debetur pro anno currente: subministratio alimentarum facta debitori et eius familiae intra sex ultimos menses quidem, si agitur de mercatoribus, qui res particulatim vendunt, intra annum autem, si agitur de praefectis pensionum aut mercatoribus, qui res vendunt in magna copia. C. G. art. 2101. Consentit. C. Ital. cum aliquo discrimine; nam expensas pro infirmitate ultima eas tantum privilegiatas habet, quae postremis sex mensibus factae sunt atque ad idem spatium temporis coercet subministrationes alimentorum quaslibet et stipendia famulorum art. 1956.

Iam alibi monuimus ex iure Gallico pretium rei emptae, quae adhuc exstet apud emptorem (agitur de re mobili), elapso tempore, quo res repeti potest, esse privilegiatum, art. 2102. 4.

Sunt et alia in utroque iure plurima credita privilegiata tum quoad mobilia tum quoad immobilia, quae non vacat referre. Confessarius vel per se ipsum haec addiscat, vel cum adverterit, locum esse posse huiusmodi iuris dispositionibus, poenitentem remittat ad iurisperitos.

non possunt vel heredes, qui confecto inventario id solverunt, vel emptores ab huiusmodi heredibus, bonorum hereditatis, quae illis creditoribus defuncti fuerant hypothecata. Ita habetur leg. ult. §. *etsi praefatam* et tribus seqq. C. *de jure deliber* ». Scilicet ex privilegio concesso inventarium facienti colligitur quid, eo deficiente, generatim iure debeatur.

Et sane ibidem statuitur quid iuris competat creditoribus anterioribus adversus posteriores, quibus prius tamen ab herede solutum fuerit. Adverte cum Molina disp. 216. et cum communiori, ut ait, privilegium hoc competens conficienti inventarium non valere, si in solutione, quam heres facit creditoribus, dolus interveniat; non enim censendum, quod lex velit favere dolo.

Porro quod A. in hac resp. 1. ex Lessio affirmat, satis apparet rationi conforme; nam reapse iniuria fit prioribus creditoribus, qui ius habent in re, ut ait Molina, in bonis debitoris, quae ipsis sunt hypothecata; quod et constat ex leg. ult. C. *de Rebus alienis non alienandis* etc.*.

380. Ad 2^m^ Resp. melius dices, *teneri* ad integrum debitum solvendum, si creditor petierit in iudicio et iudex sententiam tulerit. Quia leges praelationem ei dant etiam in conscientia, qui prius obtinuit sententiam: idcirco post eam latam debet in conscientia debitor creditori solvere. Ita ex Lugo disp. 20. n. 170. s. Alph. n. 692.

At si creditor extra iudicium petierit, *poterit* debitor totum exigenti solvere et accipiens retinere solutum, ut docet s. Alph. l. c. At quod debitor id teneatur dare, non satis constat. Imo Lugo l. c. n. 176. negat posse retineri exactum: ast probabiliorem esse sententiam aliorum affirmantem censet s. Alph.; quia et leges reipsa illi favent. « Vigilavi (ait iuris peritus Scaevola l. *Pupillus* Dig. *Quae in fraudem creditorum*), meliorem meam conditionem effeci: ius civile vigilantibus scriptum est; ideo non revocatur id, quod percepi ». Et ibid. « an id quod accepit (ab herede) creditor, revocandum sit; ne melioris conditionis sit quam ceteri creditores?... Sinvero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem..., id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest; quoniam alii creditores suae negligentiae expensum ferre debeant ».

Monet Lugo l. c. n. 174., quod si debitor potest prius petenti integrum debitum solvere, licebit ei quoque creditorem monere, ut petat; quia unicuique potest licite consuli id, quod ipse potest licite facere. Item, ait n. 177., si creditor per petitionem acquirit praelationem, facile potest ipse, antequam accipiat, petere, ut per petitionem acquirat praelationem. Imo etsi mala fide accepisset, potest reddere debitori et statim petere. Quare in praxi posita illa sententia, parum videtur referre sive creditor petat sive non petat; cum antequam accipiat vel etiam postac possit facillime petitionem praemittere.

381. Ad 3m Resp. quod debitor satisfaciat pro rata iuri uniuscuiusque creditoris, id iustitia exigit et haec est norma, quam iudex sequitur, ubi quis cedit bonis, quando iura creditorum sint paria.

Si vero non petenti debitor solverit integre cum aliorum damno et creditor mala fide (sciens nempe impotentiam debitoris) solutionem acceperit, hic, iuxta sententiam Lugo n. 178., restituere tenetur aliis creditoribus, sive debitor mala sive bona fide solutionem obtulerit; quia ille cooperatur iniustae damnificationi aliorum. Si vero creditor bona fide accepit, potest in conscientia retinere acceptum: quia non tenetur restituere ex re accepta; quoniam translatum est dominium, neque ex iniusta acceptione; quia bona fide accepit. Haec est rursus sententia Lugo n. 179. Cuius altera pars minus probatur s. Alph. n. 693. provocanti ad ius naturale: sed non constat ab hoc irritari eam translationem dominii, quod tamen probandum esset.

382. Hac in re s. Alphonsus non videtur cohaerenter locutus. Nam n. 692. de eo, qui petit extra iudicium, dicit contra Lugo, probabilius esse, quod possit retinere et pro hac sententia affert leges civiles, quae decernunt, statuendum « ne alterius negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuerit, noceat » sup. n. 381.

Deinde n. 693. adhaeret Concinae, qui contendit, non esse standum legibus, quae decernunt, solutum non revocari; quia, inquit, leges voluere solum diligentiae exigentis favere. Sed hoc cum praecedenti minus cohaeret. Ergo vel admittimus leges valere pro conscientia et valere debent pro utroque casu: vel id negamus et tunc dicemus cum Lugo, non posse retineri ea, quae quis sciens *exigit* in fraudem aliorum creditorum, sup. 282.

Adverte autem, quod Lugo disp. 20. nn. 176. 177. utramque sententiam, scil. quod petens ante alios, licet posterior sit creditor, possit et non possit exactum retinere, probabilem dicit.

383. Alia solet subnecti quaestio videlicet, quid agendum sit famulo, qui advertat, herum suum esse gravatum aere alieno (vid. Ligor. n. 694.).

Respondent, eum posse recipere salarium, si bona fide famulatum praestitit. At erit ne in bona fide, quando advertit, herum non esse solvendo omnibus? S. Alphonso satis est referre sententiam quorundam, qui dicunt famulos esse in mala fide nec posse recipere salarium et abscedere debere, dein Laymann dicere non improbabilem sententiam Molinae, qui affirmat licere. Et concludit: *Vide dicta* n. 612., ubi agit de eo, qui accipit rem a fure et ibi propendet in sententiam, quae negat posse accipi.

Verum accuratius res expendenda. Et in primis adverte cum Laymann lib. 3. tr. 2. cap. 11. n. 7. « Si debitis gravatus aliqua expendat ad com-

parationem aut conservationem eorum, quae necessaria sunt ipsi ad vitam, honorem, statum iuste acquisitum, nullam iniuriam creditoribus infert. Sicut enim talia, sibi necessaria, retinere antequam bonis cedat, potest, interim dilata restitutione, ita etiam non prohibetur nunc comparare sibi vestes, pharmaca, cibos, famulos ad status conservationem necessarios ». Haec non cadunt in controversiam.

Nec rursus quaestio est (prout heic proponi solet), utrum famuli, qui bona fide dominis operas suas locarunt ac praestiterunt, debitam mercedem petere ac recipere prohibeantur, si dein animadvertant, dominos *ex tanto famulatu* impotes esse seu reddi ad satisfaciendum *prioribus* creditoribus. Nam posse petere et recipere neque illi negant (apud Laymann l. c. n. 8.), quos s. Alph. heic opponit sententiae Molina.

384. Sed quaestio est, an postquam intellexerunt, dominos *tantum famulatum* sine creditorum suorum damno alere non posse, discedere cogantur. Ubi videtis non *de famulis* generatim sermonem esse, sed de *tanto famulatu* et an discedendum. Heic Laymann, allata sententia Adriani et Navarri affirmantium, eos debere discedere, subdit, non improbabiliter oppositam docuisse Molina. Huius autem haec est doctrina t. 2. disp. 330. n. 14.: « Quando famuli aliquorum nobilium, qui tanto aere alieno pressi sunt ut impotentes sint ad illud solvendum, *bona fide illis servire coeperunt* aut heris invitantibus, in illorum servitium sunt recepti, non solum iubendi non sunt restituere quae in victu, vestitu et stipendiis ab eis acceperunt, esto eiusmodi famuli attenderent, eam alienationem esse in fraudem creditorum; sed neque cogendi sunt egredi servitium illorum; praesertim quando si illi egrediantur, non deerunt alii, qui similiter iisdem heris inserviant: praeter quam enim quod lege caritatis forte vitare non tenentur creditorum damnum cum tanto suo incommodo, per eum tamen egressum damnum illorum non vitant. Cavere autem debent confessarii, ne admonendo eiusmodi homines (qui regulariter bonam fidem habent) et praecipiendo illis ut egrediantur servitium dominorum, in causa sint, quod male fide et cum peccato illis deinceps inserviant ».

Ubi non absque causa mentio fit *bonae fidei*. Si enim disputant de hac re doctores, multo magis ea ipsa res obscura erit famulis: praeterea hi in haec dubia de domino relinquendo venire eo minus solent, quod vix unquam noverint, haec contingere, nisi periculum sit amittendae mercedis: denique generatim statuere illis facile est, se nescire vere, quo loco sint res dominorum; neque ad se spectare, ut ad trutinam ea revocent et se iudices eorum constituant. Rursus si vel prudentes confessarii non facile possunt statuere, quinam dici debeat ille famulatus, quem vel servare licet ad status conservationem vel dimitti oportet, quomodo iudices erunt famuli et quidem tales iudices, qui ad laborandum sine pretio

damnentur? Tandem haec quaestio reduci debet, ut Molina innuit, ad generaliorem de cooperatione ad peccatum alienum; si vero distinguas cooperationem *formalem* a *materiali* et perpendas, quanta sit obligatio ex caritate non cooperandi materialiter, ut vites alterius peccatum: planum erit, vix cogitari posse casum, quo discedere famulus debeat aut negare servitium.

Articulus III.

Quae a restitutione excusent.

CXLI. Resp. 1. Ex parte debitoris excusant ea, quae faciunt, ut creditor rationabiliter debeat esse contentus; etsi de facto non sit contentus. Ita commun. Doct.

385. Distingui solent causae, quae omnino ac simpliciter excusare dicuntur a restitutione; quia tollunt debitum restituendi et quatuor numerantur, scil. 1° interitus rei in specie debitae sine culpa debitoris bonae fidei: 2° remissio creditoris expressa: 3° compensatio debiti facta: 4° auctoritas superioris. 5° Auctor (res. 1.) addit casum, quando obligatio antecedenter nulla adest.

Aliae vero sunt causae; quae eatenus dicuntur excusare a restitutione, quatenus excusatio solum durat, dum causa illa durat; unde restitutio potius dicenda est differri, quam tolli videatur eius obligatio. Eiusmodi sunt 1° ignorantia: 2° impotentia physica vel moralis; ad quas revocantur 3° extrema necessitas, 4° necessitas gravis, 5° amissio status, 6° damnum maius aut altioris ordinis ex restitutione imminens debitori, 7° grave itidem damnum a restitutione imminens vel creditori ipsi vel communitati aut tertio.

« Communis doctrina in hac re, ait Laymann *de Restit.* c. 12. n. 1., duabus regulis nititur. 1. *Nemo tenetur restituere cum suo notabiliter maiore detrimento, quam sit creditoris commodum:* 2. *Quotiescumque dominus sive creditor contentus esse debet, ut restitutio differatur, potest differri, licet ille invitus sit* ». Haec tamen secunda regula ad priorem redit. Nam si quaeras, quandonam creditor contentus esse debeat; responsionem suggeret prior regula, quae quidem proprie adhiberi solet, cum agitur de causis excusantibus dilationem.

Unde resolvuntur sequentes casus.

CXLII. 1. Excusaris in foro conscientiae (iuxta sententiam probabilem) a compensatione damni, si illud datum sit sine tua culpa theologica gravi hoc est mortali peccato, nisi aliud cum altero pactus sis, vel inde sis factus ditior. Unde excusaris, si v. gr. aliquem occidisti ex subita ira, ut si fuerit motus tantum primo primus vel secundo primus: vel si ex oblivione non exstinxeris candelam et hinc ortum sit incendium etc. Quod si advertens periculum in actionibus periculosis, omittas eam diligentiam prae-

cavendi, quam homines eiusdem conditionis communiter praestare solent, graviter peccas et teneris restituere damna secuta. Porro in foro externo proceditur secundum culpam iuridicam, quae saepe non est peccatum et dividitur in latam, levem et levissimam.

386. Huc revocari debet ignorantia invincibilis (heic et nunc) tam iuris quam facti, quamdiu duret, nisi exinde quispiam praeterea praescripserit.

Ergo excusatur, qui ignorat rem v. gr. alienam esse vel furtivam. Item qui habet dubium invincibile, num res, quam possidet, sua sit, an aliena; quia *in dubio melior est conditio possidentis.* Haud aliter si quis, creditore defuncto, ignoret adhuc restituendum heredibus, v. gr. rem mutuatam, aut ex ludo, sponsione etc. debitam, vel rem inventam etc.

Quod dicit Auctor excusari *iuxta probabilem sententiam,* refertur ad quaestionem, an obligationem restituendi inducat illatio damni cum peccato *veniali.* Ea de re alias diximus.

Ceterum, uti patet, tota hac paragrapho proponitur excusatio a restituendo, quae proficiscitur ex defectu gravis culpae theologicae, sive agatur de damnificatione sive de re accepta, qua quis ditior factus non fuerit et est excusatio prioris generis (386.).

CXLIII. 2. Excusaris a restitutione incertorum, si fecisti compositionem cum Episcopo, vel Papa. Less. c. 10. d. 11. Bon. q. ult. p. 2.

387. Proponitur heic alius titulus excusans non omnino quidem, sed magna ex parte a restitutione et solet hic titulus nuncupari *Auctoritas Superioris:* qui titulus rursus infert excusationem prioris generis.

Nomine autem *Compositionis* intelligitur heic conventio, vi cuius a legitima Auctoritate indulgetur debitori, ut maior quantitas debiti restituendi in minorem mutetur; reliquum vero sibi debitor ipse retineat.

388. Auctor *compositionem* fieri posse dicit cum Episcopo vel Papa. Qua de re habetis notulam ex s. Alphonso ad h. l. Auctoris id negante.

Rationes, ob quas negatur haec facultas Episcopis praecipuae sunt. 1ª Quia id Papae reservatur in Clement. *Quia contingit, de Religiosis domibus* (*Clement.* lib. 3. tit. 11. cap. 2.). At vereor, ut huc illa spectent. « Quia contingit (inquit) interdum, quod Xenodochiorum, Leprosariarum, Eleemosynariarum seu Hospitalium *Rectores,* locorum ipsorum cura postposita, bona, res et iura ipsorum interdum ab occupatorum et usurpatorum manibus excutere negligunt: quinimo ea collabi et deperdi, domos et aedificia ruinis deformari permittunt et non attento, quod loca ipsa ad hoc fundata et fidelium erogationibus dotata fuerunt, ut pauperes infectique lepra reciperentur inibi et ex proventibus sustentarentur illorum, id renuunt inhumaniter facere, proventus eosdem in usus suos damnabiliter convertentes; cum tamen ea quae ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum debeant, non ad alium (salva quidem

Sedis Apostolicae auctoritate) converti: Nos incuriam etc. ». Porro cum casus sit omnino alius, uti patet, nullum hinc efficax argumentum desumi posse videtur: nec facile ostendi his potest, Papam sibi reservasse compositionem de incertis debitis.

389. Alia afferri solet ratio, quod nempe id possit Pontifex, quatenus habet ius indirecte in res temporales, quando id necesse est ad bonum spirituale; quod quidem ius non inest Episcopis.

Contra hanc rationem, qua hoc negotium explicatur, possunt utique duo adverti. Nam (ut ratiocinatur Lugo disp. 21. n. 91.) quando bona, quae debentur, sunt ecclesiastica vel restituenda sunt ex lege aliqua ecclesiastica, utique clare apparet, in his Pontificem, ceu supremum legislatorem et administratorem, posse in iis legibus dispensare. Non est ergo heic locus iuri illi indirecto in res temporales. 2º Quando vero non sunt bona ecclesiastica, sed debentur vel ex delicto vel ex contractu vel ex re accepta, incertis creditoribus et ex horum praesumpta voluntate deberent dari pauperibus aut in pios usus expendi in dominorum spiritualem utilitatem; tunc Pontifex eo pacto solutionem illam commutare potest in alium usum pium, quo legata pia commutare potest in alium usum pium aut magis pium ex interpretativa testatoris voluntate vel ex sua suprema potestate.

Ergo tota hac in re vix ulla alia pars tribui Pontifici videtur, quam interpretari voluntatem incerti alicuius creditoris et quando iam distributio generatim facienda erat in aliquod pium opus, quod nunc in compositione determinatur. Atqui haec non videntur exigere ius aliquod speciale indirecte disponendi de bonis temporalibus fidelium, quod supremam in Ecclesia potestatem requirat.

Verum in compositione Pontifex non solum interpretatur voluntatem domini incerti et commutat pium opus in aliud, sed praeterea remittit partem debiti non habita ratione praesumpti consensus domini, a quo talis remissio valorem obtinere censenda sit; sed auctoritate sua id praestat in utilitatem fidelium debitorum. Ad huius vero remissionis rationem reddendam conducit profecto illud ius indirectum in temporalia, quod tamen opus haud est asserere, nisi summo Pontifici.

390. Ceterum aliae quoque prostant rationes, quae et hoc ius probant et ad solum Pontificem spectare ostendunt.

Prima desumitur ex usu et consuetudine; neque enim reipsa hucusque tulit usus, ut alii praeter Romanum Pontificem compositionem hanc concederent. Neque opponi potest, id tribuendum esse *Bullae Cruciatae*, qua sufficienter providetur conscientiis fidelium; nam Episcopi hanc facultatem neque iis in locis exercuerunt, ubi illa Bulla non est in usu, velut in Gallia et Germania.

Altera sumitur ex potestate, quam hac in re ita exercet summus Pontifex ut neque detrimentum afferatur incertis creditoribus. Nam eiusmodi compositio exinde a doctoribus defenditur, quod applicare hoc pacto ipsi debitori summam restituendam cum onere, ut certam partem ipse applicet causae piae, id propter excellentiam causae et propter fragilitatem hominum et periculum restitutionis non faciendae et ad praecavenda peccata subditorum, iudicatur vel aeque vel etiam magis bonum in ordine ad spiritualem utilitatem communem, quam si integra obligatio debitoribus relinqueretur. At enim aliquod detrimentum creditoribus inferri ex eo videtur, dum pars solum debiti in opus pium impenditur, cum tamen utilius illis posset videri, si totum debitum pro eorum animabus expenderetur. Atqui huic incommodo prospicitur, quando Pontifex ex thesauro Ecclesiae, cuius est dispensator, hoc totum supplere potest, applicando eis tantum fructum spiritualem, quantum sufficit ad compensandum id, quod ex tali commutatione illis decrescit. Agit igitur heic Pontifex non secus ac quando in favorem v. gr. alicuius Ordinis Religiosi conceditur eius alumnis, ut una Missa possint satisfacere pro multis, quas accepto stipendio ex iustitia debebant, supplendo ex thesauro Ecclesiae id, quod decrescebat iis, qui stipendia dederant. Hanc autem facultatem disponendi de thesauro Ecclesiae non habent Episcopi.

391. Advertendum, quod dicit A., liberari quempiam a restitutione debitorum *incertorum*. Sermo est primo de Bulla, quae dicitur *Bulla Compositionis*, et est veluti pars Bullae Cruciatae. Vid. apud Tamburini t. II. tr. de Bulla *Cruciatae* c. 18.

In Bulla autem sic habetur: *Ut possit Commissarius componere super illicite habitis nec non super medietate legatorum omnium, quae propter male ablata facta sunt, si legatarii per annum in exactione negligentes fuerint, ac super illis, quae facta erunt (hoc est, quae invenientur iam facta) et quae dicto anno durante fient, si legatarii inveniri non potuerunt, nec non super male ablatis et per usurariam pravitatem aut aliter male acquisitis, si in omnibus praemissis casibus (praeterquam dictae annalis negligentiae) personae, quibus restitutio seu solutio facienda est (praestito per restitutorem iuramento de diligentia per eum facta pro inveniendo legatario seu creditore et minime invento) non reperiantur: possit, inquam, Commissarius componere et ita debitores liberari... Ita etiam datur facultas eidem Commissario componendi cum eis, qui ad restitutionem fructuum ex omissione horarum canonicarum tenentur; ita ut quantitas compositionis pro medietate Ecclesiae vel aliis locis, quarum vel quorum ratione horas praedictas recitare debent, et pro altera medietate in subventionem huius negotii detur.*

392. Novendecim casus, inquit Lugo disp. 21. n. 111., sunt, in quibus

per Cruciatam habet locum Bulla Compositionis; qui tamen casus ad quinque classes reduci possunt.

Prima classis est de compositione pro redditibus ecclesiasticis male perceptis et continet tres casus. 1° De eo, qui non recitavit officium et ea de causa debet restituere: 2° de eo, qui absque titulo canonico legitimo possidet beneficium et ideo non fecit fructus suos: 3° de eo, qui excommunicatus percepit fructus et ideo non fecit suos (ex eorum sententia, qui excommunicatum suos fructus facere negant). Lug. ibid. nn. 111.-114.

Secunda classis est circa legata et duos casus complectitur. 1° Quod fiat composito super dimidia parte legatorum, quae facta erunt propter male ablata, etiamsi notus sit legatarius, v. gr. si quis testator ad sublevandam suam conscientiam pro rebus male acquisitis legavit nosocomio 200. scutata et legatarius fuerit negligens per annum ad exigendum, heres potest per compositionem sibi retinere dimidium ac dimidium legatario solvere. 2. Ut possit fieri compositio super legatis, quando legatarii facta diligentia non inveniuntur. Lug. nn. 115.-120.

393. Tertia classis est pro acceptis ex contractu iniusto ex utraque parte et assignantur quatuor vel quinque casus. 1° Quando iudex ordinarius vel delegatus aliquid accepit ut proferret iniustam sententiam aut causam prorogaret cum praeiudicio alterius partis, aut hanc utcumque iniuste gravaret. 2° Quando advocatus aliquid acceperit pro patrocinio in causa iniusta, cuius iniustitia nota erat etiam clienti, qui pretium dedit. 3° Quando officiales publici, Notarii, Secretarii etc. aliquid acceperunt, ut aliquid in suis officiis *iniuste* facerent. 4° Iuxta quosdam quando testes aliquid acceperint pro falso testimonio. 5° Denique (quod aliqui addunt) quando iudex pro iustitiae administratione et pro iis, ad quae tenebatur ex officio, aliquid acceperit: saltem, (ut aliqui melius addunt) quando ex parte dantis fuit turpitudo, si videlicet dederit pro sententia seu iusta seu iniusta, seu ad subornandum iudicem.

Circa tamen eiusmodi casus duo advertenda, ut ait Lugo n. 121.: 1° compositionem non heic fieri circa debita erga eum, qui forte ex iniusta iudicis aut officialis actione damnum passus fuerit; hoc enim restituendum est: sed super pretium, quod ad id acceptum fuit. 2° Cum satis communis et probabilis sit sententia, quod pretium iniustae actionis post factum retineri licite possit (licet ante factum obligatio adsit non ponendi actionem), tamen compositio peti potest et solet ad pacem et securitatem conscientiae; quia sunt alii doctores, qui tenent illud pretium restituendum esse vel ei, qui dedit, vel pauperibus. Lugo nn. 121.-125.

Quarta classis est pro acceptis turpiter ex parte accipientis, non autem ex parte dantis.

Haec autem multiplices casus complectitur. 1° Si Tabelliones, Notarii, Secretarii aliique iustitiae Officiales pro actibus officii sui plus extorserint seu acceperint, quam legibus aut statutis taxatum est. Compositio datur, si personae ignorantur etc.

2° Si quaedam male acquisita sint in ludo, si fraus intercessit, vel excessus notabilis in peritia ludendi aut coactio ad ludendum etc. Ad pacem autem conscientiae additur casus lucri in ludis prohibitis, aut provenientis e clerici bonis ecclesiasticis etc.

3° Si quis simulata paupertate eleemosynas corrogavit.

4° Si quis habeat obligationem restituendi ex eo, quod vel inter venationem vel inter ducenda pecora, armenta aliave animalia vel quolibet alio modo, nocumentum attulit frumentis, segetibus etc.

5° Aliqui addiderunt lucrum ex actione turpi, v. gr. feminae, quae publica meretrix non sit. Sed ex communiori DD. sententia, nihil opus est compositione; quia nulla est restituendi obligatio.

6° Si quis vinum vendidit aqua mixtum vel falsa mensura, vel quidquid aliud vendidit falso pondere aut mensura falsa, aut unum pro alio etc.

7° Generatim quoties ex usuris vel lucro illicito et quacumque alia via, negotio, officio aliquid illicite acquiritur, nec creditores resciri possunt. Quae ultima conditio, semper et in reliquis subintelligitur.

Quinta classis refertur ad ea, quae non ex iniusta acceptione sed ex re accepta retinentur.

Huc a DD. revocantur vel res inventae vel depositae aut alius eiusmodi titulus. Quoad inventas res tamen alibi diximus non urgere obligationem restituendi. Haec ex Lugo ib. nn. 126.-134.

394. Ceterum ubi non viget aut conceditur Bulla Cruciatae seu Bulla Compositionis, compositio a s. Pontifice obtineri potest recurrendo vel ad Datariam vel ad Poenitentiariam Romanam.

De Compositione cum Poenitentiaria facienda duplex est §. Constitutionis Benedicti XIV. *Pastor Bonus,* quae ordinarias facultates Maioris Poenitentiarii recenset.

Scilicet § 24.: *A compositione pariter et condonatione fructuum beneficialium et episcopalium ecclesiarum ac etiam distributionum quarumcumque, quovis modo male perceptorum, in casibus non occultis, abstineat. In occultis vero possit cum Gallis, Belgis, Germanis, Polonis et ulterioribus componere vel etiam condonare; iniuncta eisdem poenitentibus erogatione eleemosynae, ipsius Maioris Poenitentiarii vel Confessarii ab ipso deputandi arbitrio limitandae. Cum reliquis autem, videlicet Italis, Hispanis, Lusitanis et adiacentium insularum personis, discrete compositionem concedere et ea mediante fructus condonare*

valeat; pecuniis exinde redactis arbitrio Nostro et Successorum nostrorum pro tempore erogandis. Pauperibus autem, quorum inopia compositionem non admittit, iniuncta pro eorum viribus eleemosyna modo supradicto. Porro quae hîc ordinantur, sine praeiudicio illorum, quibus distributiones accrescere vel non decrescere debent, sint et censeantur ordinata.

§. 25. *Quoad male ablata vel retenta, quando domini incerti sunt et casus occulti: partem aliquam delinquentibus pauperibus, si eorum qualitate et necessitate pensatis ita videbitur, remittere seu condonare, vel remitti seu condonari mandare possit; residuum vero pauperibus distribui, vel in pia opera erogari et quidem, si fieri potest, in locis, ubi illa ablata, extorta vel usurpata sunt, mandare debet.*

Illud unum heic addendum, ex communiori DD. sententia, ex compositione excusari quempiam a restitutione etiam in foro conscientiae: etiamsi ageretur de re, cuius dominus dein posset apparere. Valet enim heic, quod alias diximus de rebus inventis, quarum dominium iam ad inventorem censeatur translatum vel lege vel praescriptione.

395. *Cum de bonis ecclesiasticis usurpatis ab iniquo regimine ageretur, non renuit s. Sedes, ob animarum salutem, tranquillitatem Ecclesiae et concordiam cum temporali societate fovendam, compositionem seu condonationem facere. Quod spectat ad supremos in Italia eventus, exstant Responsa s. Poenitentiariae 1. Iunii 1869. data, cum facta esset per Bullam Iubilaei confessariis potestas absolvendi.

Ibi de bonis *mobilibus* sic decernitur. « Quaestio 6. Utrum absolvi illi possint, qui bona ecclesiastica mobilia acquisiverunt quidve illis iniungendum? Resp. Affirmative, imposita illis aliqua eleemosyna favore locorum piorum, ad quae dicta bona pertinebant, quatenus emerint pretio, quod iudicio Ordinarii seu confessarii fuerit minus iusto. At si agatur de rebus, quae non sint usu consumptibiles, seu quae servando servari possint aut de suppellectilibus et vasis sacris, imponatur poenitentibus obligatio quam primum recurrendi ad loci Ordinarium, ad hoc ut super iisdem rebus provideat iuxta Indultum ipsi Ordinario iam a s. Poenitentiaria concessum ». In Indulto porro continetur, ut teneantur emptores harum rerum elenchum Ordinario tradere et parati sint eas quandocumque ecclesiis seu locis piis, *recepto soluto pretio*, restituere et curare pro viribus ut eae in usus aliarum ecclesiarum seu oratoriorum transferantur nec in usus profanos assumantur. Ab huiusmodi dispositione excipitur casus, quo res emptae valorem excedant 500. scutatorum.

Verum aliter statuitur quoad bona immobilia. « Quaestio 4. Utrum et quomodo absolvi illi possint, qui acquisiverunt aut possident bona ecclesiastica immobilia a fisco (vulgo demanio) divendita? Resp. Poenitentes,

qui detinent huiusmodi bona, non esse absolvendos, nisi prius loci Ordinario aut aliis viris ecclesiasticis, ab ipso Ordinario pro sua prudentia per dioecesim designandis, consignaverint syngrapham ab eis subscriptam seu coram testibus subsignatam, eidem Ordinario quamprimum transmittendam ac caute in cancellaria dioecesana aut alibi custodiendam, qua sequentibus obligationibus seu conditionibus se suosque heredes et successores subiicere declarent:

1° Retinendi eadem bona ad nutum Ecclesiae eiusque mandatis subinde parendi:

2° Conservandi ipsa bona et rem utilem in eis gerendi:

3° Adimplendi pia opera iisdem bonis adnexa:

4° Subveniendi ex fructibus ipsorum bonorum personis seu locis piis, ad quae de iure pertinent.

5° Monendi heredes et successores per syngrapham subscriptam de huiusmodi obligationibus ut et ipsi sciant, ad quid teneantur ».

Cum ergo agitur de bonis immobilibus, nulla proprie compositio aut condonatio habet locum; licet eorum possessores iisdem interim frui possint, detractis iis quae conditione 3ª et 4ª praecipiuntur.

Porro eadem ferme agendi ratio praescribitur pro iis, qui bona ecclesiastica in emphyteusim a gubernio acceperunt, qui et praeterea ea a canonis solutione redemerunt, qui redemerunt canones, livellos, praestationes aut alia iura ecclesiastica per se non redimibilia. Cf. Responsa haec S. C. quae dabimus in fine ultimi Volum.

Attamen certum est in potestate esse s. Sedis et super immobilia bona compositionem facere vel condonationem. Haec enim sunt bona Ecclesiae, destinata cultui divino et ministrorum utilitati: expedire vero identidem, secundum rectam rationem, potest, ut propter Dei honorem et Ecclesiae prosperitatem, eorumdem bonorum iactura fiat: potestas porro R. Pontificis ligandi et solvendi de iis omnibus disponere valet, quae sub Ecclesiae dominio sunt et illud efficaciter praestare, quod ad Dei honorem animarum salutem et Ecclesiae tranquillitatem et incrementum perducat. Quocirca si super haec bona compositio quaedam desideratur, ea a Romana sede erit flagitanda.

Et quidem ipsa iam alias, pro sua benignitate, consulens potius spirituali utilitati filiorum suorum, quam suae temporali prosperitati, publica et gravissima urgente causa, huiusmodi compositiones vel condonationes fecit. Ita Pius VII. conventione inita 15. Aug. 1801. cum Napoleone primo consule liberavit a restitutionis obligatione acquisitores eorum bonorum ecclesiasticorum, quae a Gubernio occupata fuerant: declaratum est deinceps a s. Poenitentiaria 20. Martii 1818. huiusmodi bona esse in plena acquirentium potestate. Gubernium vero assumpsit sibi onus temporalia

subsidia ministris Ecclesiae quotannis subministranda: ut idcirco haec condonatio speciem quandam compositionis habeat. Clemens XI. litteris datis 10. Nov. 1712. ad Augustum II. Poloniae regem et Saxoniae Electorem, amplissimam condonationem promisit iis omnibus, qui in Saxonia bona ecclesiastica possidentes ab haeresi ad catholicam fidem redirent. Ante hos Iulius III. mittens Card. Polum in Angliam cum Ecclesia reconciliandam, regnante Maria, litteris datis 28. Iunii 1554. facultatem legato fecit, « cum quibuscumque bonorum ecclesiasticorum tam mobilium quam immobilium in praefato regno possessoribus seu detentoribus, pro quibus ipsa serenissima Regina Maria intercesserit, de bonis per eos indebite detentis, arbitrio tuo, auctoritate nostra tractandi, concordandi, transigendi, componendi et cum eis, ut praefata sine ullo scrupulo in posterum retinere possint, dispensandi etc. ». *

CXLIV. 3. Item, si casu, quo teneris rem restituere pauperibus, tibi ipsi revera indigenti eam des et tunc quidem postea factus ditior, adhuc non teneris restituere. V. Laym. l. 3. t. 2. c. 12.

396. Casus agitur, quo dominus rei sit incertus. Cum debita non sunt ex delicto, vidimus iam nn. 186. 187. quod probabilis est sententia non esse obligationem restituendi pauperibus; talem obligationem scilicet oriri ex positivo praecepto Ecclesiae, quae in poenam criminis id statuit. Cf. Laymann *De Restit.* c. 12. n. 3. ad quem auctorem s. Alph. heic n. 696. lectorem remittit. Ergo resolutio A. nedum valet pro debitis ex delicto, sed speciatim pro ipsis valet. Eadem iam praeoccupata fuit n. 191.

CXLV. 4. Si non possis restituere, nisi cum notabiliter graviore damno tibi, vel tuis, vel Reipub. inferendo, quam aestimari debeat commodum ex restitutione creditori obventurum: tunc enim differre potes, dum cesset ista impotentia. Laym. l. c. ex Sylv. Nav. etc. Idque verum est, etsi debitum sit ex delicto, uti et in sequentibus casibus.

397. Sermo heic est de impotentia sive physica sive morali seu potius de difficultatibus, quae causam praebent differendae restitutionis. Vigilanter dicit A. cum damno notabiliter graviore. Nam, ut infra resol. 7. habet idem, ceteris paribus melior est conditio creditoris.

Ceterum haec resolutio est generalior ac in plures quaestiones resolvi debet, de quibus in seqq. agitur. Sermo autem in his est non de tollendo debito restitutionis, sed de differenda restitutione, quandiu ea causa manet.

CXLVI. 5. Si ad restituendum sis impotens, ut si vivere non possis secundum decentiam tui status iuste a te acquisiti. Unde, si nobilis v. g. non potest statim solvere, nisi se privet famulis, equis, armis etc.: vel civis primarius, nisi obeat artem mechanicam sibi insuetam: vel mechanicus, nisi vendat instrumenta sua, quibus vivit, aut magnum damnum subeat, potest differre et paulatim restituere sine iactura sui status. Laym. l. c. Bon.

398. De impotentia heic agitur seu de difficultate, quae provenit ex

eo, quod restituere quis non possit, quin e statu suo decidat, aut vivere non valeat cum decentia suae conditionis. Agitur proprie de differenda solutione.

Exempla amissionis status habentur penes Auctorem: quae tamen plures alios admittunt gradus. Sunt v. gr. amissiones status propriae mercatorum, negotiatorum, advocatorum, medicorum, ecclesiasticorum. Quoad nobiles, alii casum sic olim proponebant; si nobilis devolvi deberet ad statum civilem, item si civilis ad plebeium. In singulis autem prudenti iudicio, desumpto ex communi hominum sensu, decernendum est. Vid. s. Alph. n. 702.

Dicitur autem *status iuste acquisiti*. Nam si quis statum ipsum iniuste acquisivisset fraudibus ac dolis aut comparasset ex bonis alienis, hic ex isto titulo non excusaretur a restituendo. Ratio Doctorum est satis clara, quia hic non caderet a suo statu, sed potius ad pristinum suum statum rediret (vid. s. Alph. n. 702.). Quoad Auctor dicit in resol. 8.

Verum quaedam quoad hoc advertenda pro praxi. 1. Raro omnino contingere posse, ut quis statum mutaverit ex solis fraudibus et reipsa nihil habeat quod legitime acquisiverit. 2. Rarius adhuc evenire ut haec immutatio in meliorem statum contingat ex bonis certorum creditorum. Eiusmodi esse posset v. gr. hereditas captata per fictum testamentum, aut adulterinae proli assignata. 3. Hinc cum difficile valde sit inducere ad mutationem status, ideo in hisce maxime casibus locum esse quaerendi, ut per *Compositionem* huic miserae conditioni hominum prospiciatur. 4. Praeterea videndum an status appareat exterius iniuste acquisitus; secus enim locus esse potest rationi vitandae infamiae.

399. Ratio autem, cur haec amissio status excuset, haec est, quod creditor non potest rationabiliter obligare debitorem, ut statim restituat cum amissione status honeste et iuste acquisiti; nam amissio status honeste acquisiti est longe maius incommodum, quam praesens carentia pro altero aliquorum bonorum fortunae.

Advertenda tamen duo: 1° Aliud esse amissionem status, aliud imminutionem. Hinc ex eo quod non teneatur quis suum statum amittere, non consequitur, eum non debere eundem statum imminuere; quinimo in conscientia debitor tenetur, imminuere splendorem sui respective status, etiam iuste acquisiti, quando sine tali diminutione non posset creditoribus satisfacere. V. gr. nobilis tenetur diminuere apparatus, convivia, numerum famulorum, ut sic per partes successive possit restituere. Et generatim quaecumque non sunt necessaria ad conservandum statum, sed ad eius splendorem, ad pompam, ad inanem ostentationem, ad luxum, ad opiparas recreationes etc., haec abdicari debent. S. Alph. n. 702.

2° Praxis habet, ut sive interveniente sive non interveniente pu-

blica potestate, accitis creditoribus, statuatur quomodo, quid, quando singulis restituendum, servatis iis quae ad decentiam status necessaria existimantur.

CXLVII. 6. Quod si tamen tua culpa in illas angustias delapsus sis, v. gr. luxuria, ludis, superfluis expensis vestium: tibi imputare debes, quod iam sine status tui amissione non possis satisfacere. ibid.

400. Verum est, distingui oportere, quando ex adversa fortuna et casu aut quavis alia causa, quae sit praeter debitoris culpam, hic devenerit ad eam impotentiam, et quando ad id devenerit ex culpa sua. Hic enim ideo etiam peccavit, quod male se coniecerit in eam necessitatem, quae obesse creditoribus possit.

Ceterum s. Alphonsus n. 702. relata sententia communi, quam habet hoc loco A., subdit: « Sed in hoc casu mihi et aliis doctis iunioribus durum videtur, damnare debitorem ad restituendum, si ille statum *iuste* iam acquisierit ». Et sane regulam de restitutione licite differenda admittunt DD., quando damnum *multo gravius* inde sequeretur debitori, etiamsi agatur de debito *ex delicto;* porro culpa illius, qui male bona dissipaverit non magis gravis censeri debet, quam quae oriatur ex delicto. Si ergo amissio status generatim reponitur inter causas excusantes, quia maius censetur incommodum debitoris quam utilitas creditoris; videtur ea regula etiam in casu praesenti valere posse.

CXLVIII. 7. Quod si item creditor ex dilatione aequale damnum subire debeat, tu potius, quam is, sustinere debes; cum eius conditio sit melior. Excipitur extrema necessitas, in qua, quoad usum, sunt omnia communia. ibid.

401. Agitur de damno, quod subire debeat debitor, si restituere velit. Qua de re adverte, non agi heic de expensis, quae necessariae sint ad rem suo domino transmittendam, sed de aliis damnis v. gr. si non possis restituere nisi vendendo frumenta aliasve segetes et modo pretium sit vile: si privare te debeas ea pecunia, quae necessaria est, ne cum magno damno voceris ad tribunalia ab aliis; si debes emere hoc tempore nonnulla tibi necessaria, multo pluris deinde empturus, si nunc non possis emere: si cogaris vendere agrum, domum aliaque et ob circumstantias vix recipias centum pro valore ducentorum.

Porro huc spectat quod resol. 4ª A. dixerat, te excusari, si deberes restituere cum damno valde et notabiliter graviore, quam creditori sit carentia suae pecuniae. Et ratio est, quia creditor non esset rationabiliter invitus, quinimo prorsus irrationabiliter vellet, ut cum tanto tui detrimento solutionem non differres.

Nunc vero quaestio est, quid dicendum, quando creditor ex dilata solutione aequale damnum patiatur; nam et ipse v. gr. cogitur res suas

viliori pretio vendere, non potest dotem praestare filiae, premitur a creditoribus per iudices adeo ut sub hasta venire eius bona periclitentur etc. Et resolutionis ratio aperta est, teneri te ad restituendum et ad damnum patiendum. Ius enim penes alium est; nec spoliare potes alium iure suo ad vitandum damnum tuum, quando par damnum ille passurus est.

402. At quid dicendum, si non de damno emergente, sed de magno lucro cessante debitoris sermo sit?

DD. respondet, 1° si creditor ex ea dilatione patiatur detrimentum (licet hoc minus sit, quam lucrum ab debitore obtinendum), non licere; quia non debet alius re sua privari damnumque pati, ut tu lucreris. 2° Si vero damnum creditoris aliquale esset et debitor hoc lucrum quaereret ad satisfaciendum aliis creditoribus, quibus alioquin satisfacere non posset; docent, posse hoc facere, quia sic vitat maius creditorum suorum damnum. 3° Quod si paratus esset debitor ad reparanda insuper damna, quae ex dilatione sequuntur, multo magis concedendum id videretur nec posset alius censeri rationabiliter invitus.

403. Dicit A. in fine eiusd. numeri 7. excipiendam extremam necessitatem; quia quoad usum tunc omnia sunt communia, nec certe tenetur restituere, quando per id se coniiceret in extremam necessitatem. Et certe si in extrema necessitate licet sibi ex alienis rebus subvenire, patet et licite aliena retineri.

404. S. Alphonsus n. 701. addit hanc clausulam: « Etiamsi creditor in eadem necessitate constituatur, nisi debitum ei restituatur. Haec est sententia communis, ut testantur Salmanticenses et hoc, etiamsi exstet res debita in specie, ut docet Lessius. Ratio, quia tunc omnia fiunt communia cessatque potestas dominii iure gentium introducta ».

Nihilominus ipse s. Alphons. ibid. subdit, excipiendum cum Lessio « nisi praecise ob subtractionem illam dominus in extremam necessitatem sit coniectus; quia auferre alicui rem sibi ad vitam necessariam est idem ac eum occidere, unde in eo casu melior debet esse conditio domini prius possidentis ».

Verum (ut recte hanc materiam tractat Lugo disp. 21. n. 4.) haec ipsa exceptio ostendit infirmam esse rationem, cui sententia praecedens innititur. Namque non apparet, cur et in praesenti casu valere non debeat id, quod prius promebant, scilicet in extrema necessitate cessare ius dominii et omnia esse communia. Et sane post rem ablatam (qua ablatione utique peccavit) fur habet meliorem conditionem possessionis et alter ius dominii non habet, quia omnia sunt communia. Cur ergo ille casus exciperetur? Perinde est, inquiunt, ac occidere. Atqui hoc evincet utique, illum peccasse; sed nihilominus etiam restitutio in casu aequiparari posset et debet occisioni sui ipsius. Ergo neque haec ratio suadet, restitu-

tionem tunc faciendam. Ergo si in hoc casu et ipsi fatentur restituendum: fateri debent, labantes esse rationes, ob quas in reliquis casibus negant obligationem restituendi.

Huc facit, quod si teneret generalis sententia adversariorum, reus reportaret commodum ex suo delicto; cum, patrato furto, esset domino praeferendus et illo secluso praeponendus. Hoc autem nimis iniquum videtur nec patitur aequitas, ut debitor nocens ex sua malitia commodum reportet contra creditorem innocentem pari extrema necessitate gravatum. Cavendum enim (ex cap. *Intelleximus* 7. *De iudiciis*) « ne videatur de sua malitia commodum reportare ». Et, ut habet l. 134. Dig. *de Reg. iuris* §. 1. « Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest ». Cf. Ferrar. v. *Restit.* artic. 5. n. 21.

Nec valet illud « in extrema necessitate omnia esse communia ». Namque id valet, quando cum unius necessitate non concurrit par extrema necessitas *domini*. Quando vero haec concurrit, tunc dominus seu creditor duplex ad rem habet ius, scilicet ius aequale extremae necessitatis et ius dominii rei, quod debitor non habet. Ferr. ibid. n. 22.

Quod vero additur, meliorem esse conditionem possidentis, valet id, quando dominus est dubius et possessor est bonae fidei; secus ubi possessor est malae fidei et dominus est certus, ubi ius dominii praevalet iuri possessionis etiam *iustae* (ut in deposito) et a fortiori *iniustae*.

Praeterea non apparet discrimen cum casu, quo aequale damnum patiatur tum creditor tum debitor; in quo tamen casu obligant ad restitutionem. Cur vero? Quia deficiente alio titulo, cur debitoris incommodum caveri debeat prae incommodo creditoris, ius istius potiorem semper locum ipsi tribuit. Atqui eadem est in praesenti casu ratio.

Insuper (ita Lugo l. c.) qui furto rem abstulit extra necessitatem, quandiu non restituit, eam de novo iniuste auferre censetur. Ergo quando postea supervenit necessitas extrema domino simul et tibi, perinde iudicandus es, ac si eam de novo acciperes. Sed si de novo acciperes peccares contra iustitiam; ergo et continuando possessionem contra dominum in aequali necessitate exsistentem, peccas etiam contra iustitiam; *quia tota possessio praecedens nullum titulum tibi dedit*, cum nihil aliud fuerit nisi continuatum furtum: alioquin licet post domini necessitatem accepisses, prodesse tibi posset subsequens possessio, ut in aequali necessitate praeferri posses, quod tamen ipsi negant, ut vidimus ».

405. Idipsum probatur ex modo, quo solvunt quaestionem sequentem et analogam apud Ligor. lib. 3. n. 703. « an in gravi necessitate debitoris et creditoris sit obligatio restituendi ». Inquit s. Alphonsus: « Respondetur: si creditor iam necessitatem gravem patitur et debitor tunc ea non laborat, sed laborabit restituendo, certe tenetur restituere, quamvis in

necessitatem gravem sit constituendus; quia in aequali necessitate gravi praeferendus est creditor innocens, quam debitor sive hic sit ex delicto sive ex contractu. Ita Commun. Lessius, Salmantic. ».

Quid vero si debitor iam constitutus et ipse sit in gravi necessitate? Resp. s. Alphonsus, diversas esse DD. sententias, affirmantibus aliis, aliis negantibus, adesse obligationem tunc restituendi. Porro sapienter s. Alphonsus advertit, probabilitate non carere sententiam negantem; « quia (inquit) in eo casu, si restitutio facienda esset, non tantum aequale damnum debitor sustinere deberet, sed multo maius quam creditor: cum enim is gravi necessitate iam laboret, certe non posset restituere nisi cum gravissimo incommodo, ita ut quasi ad extremam necessitatem se coniicere videretur ».

Et reipsa videretur heic negandum suppositum. Quid enim restituat, qui supponitur esse in gravi necessitate? Ceterum patet, heic s. Alphonsum rursus uti principio, a quo discessit dum ageret de extrema necessitate, videlicet praeferendum creditorem, ubi par utrobique damnum instat. Et sane ratiocinatio s. Alphonsi eo adducit, ut restituere debeat, si prope ad extremam illam necessitatem creditor esset deducendus.

CXLIX. 8. Quod si item damnum, quod timetur ex restitutione, non esset propriorum bonorum, sed in hoc praecise tantum, quod spoliet se rebus debitis: non potest ideo differre restitutionem; quia hoc non est pati in suis rebus, neque suum statum amittere, sed est dimittere alienum et reverti ad statum proprium. Sayr. Bonac.

406. De hoc iam dictum est sub resol. 5. n. 398.

CL. 9. Item excusaris a restitutione, si fieri nequit absque periculo salutis animae tuae vel tuorum, ut v. g. si non possis absque peccato: ut si sit periculum, ne uxor aut filiae se prostituant, ne filii se dent latrociniis, ne ipse per impatientiam incidas in desperationem. Bon. Less. Mol. Fill.

CLI. 10. Item, si non possis restituere absque periculo vitae, vel notabili detrimento famae; cum alias plus damni sustineres, quam intulisti. Bonac. d. 1. q. ult. p. 1.

407. Res clarae sunt ex dictis: agitur sane de differenda restitutione.

CLII. 11. Item, si cedas bonis; quia leges concesserunt, ut qui contraxit multa debita, nec habet unde solvat, possit cedere bonis, ea relinquendo in manibus creditorum et tunc maneat liber, ita ut etiam in conscientia sit tutus, retentis instrumentis artis et quae ad sustentationem sunt necessaria. Quod si tamen postea redeat ad pinguiorem fortunam, tenetur adhuc restituere, ex l. *Cum et filiifamilias* C. *Qui bonis cedere possunt*. Nav. Bon. Less. ex quo Trull. l. 7. d. 15. c. 5. sic limitat; si acquirat plus, quam ad decentiam status est necessarium, ex l. *Qui bonis* Dig. *de Cessione bonorum*. Nisi tamen debita proveniant ex delicto, ver. gr. furto; eo enim casu tantum posse retinere, quae simpliciter necessaria sunt ad victum, docet Navar. Salon. Less. l. c., etsi hic concedat ea, quae post cessionem iuste acquiruntur, licite retineri, si ad statum sint necessaria. V. Tolet. Laym. l. 3. c. 12. Less. l. 2. c. 16. d. 3. Bonac. Trull. l. c. Porro, etsi cessionem dictam non habere locum in bonis ex delicto provenientibus communiter

teneant DD. cum Laym. l. c., contrarium tamen ex Less. Dian. etc. docet Trull. l. c. Denique, etsi debitor principalis cesserit, non ideo liberantur fideiussores. Card. Lugo, Dian. p. 7. v. 8. r. 18. et alii.

408. 1º Sermo est de cessione *omnium* bonorum, non vero de cessione *partiali,* qua quis cessurus bonis, prius pretiosiora separet et occultet; haec enim est fraus iniqua et restitutioni obnoxia, uti omnes DD. fatentur.

2º Debitor cessurus bonis potest *occulte* in foro conscientiae sibi retinere id, quod necessarium sit ad congruam sustentationem, seu quantum satis est, ut *parce* vivat *secundum suum statum iuste acquisitum.* Ratio est, quia quisque ius habet ad alimenta et si debitor, ne in gravem necessitatem deveniat, excusatur ita ut possit differre restitutionem: eadem de causa potest conservare necessaria ad suam suorumque conservationem, ac differre restitutionem, donec hanc facere possit.

Hinc debitore defuncto eiusque bonis non sufficientibus ad debita omnia solvenda, uxor ac filii possunt in foro conscientiae tantum occulte detrahere ac retinere, quantum satis sit ad vitam suam ac statum honeste ac parce conservandum. Et si in iudicio requirantur, possunt cum aequivocatione congrua iurare, se nihil occultasse seu subtraxisse, intelligendo « *nihil ipsis non debitum iure naturali* » et sic ob eandem rationem non incurrent excommunicationem forte latam contra dicta bona occultantes, ut docent Diana, Tamburini, Sporer etc. Ferrar. V. *Restitut.* art. 5. n. 56.

Dixi autem *occulte* et *in foro conscientiae;* neque enim in foro externo ex romani iuris rigore tantundem illi conceditur, qua in re deceptus est Lessius Vid. Lugo disp. 21. n. 41. et Ferrar. *Restit.* art. 5. n. 54.

3º Quod dicitur fieri per cessionem bonorum, ut debitor maneat liber in foro externo et etiam tutus in conscientia, non ita accipiendum est, ut exstinguatur debitum, sive in externo foro sive in interno. Nam l. *Qui bonis* C. *Qui bonis cedere*: « Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem ». Hinc in l. *Cum et filiifamilias* Cod. eod. tit. subditur: « Apertissimi iuris est..., si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli ». Ita et in iure Gallico C. C. art. 1270.

4º Tamen si quid acquisiverit debitor, non potest conveniri de eo in foro, nisi prius extractis pro sua suorumque sustentatione necessariis secundum decentiam sui status et conditionis. Ad praetorem autem seu magistratum pertinet iudicare, an acquisita ita excedant eam mensuram, ut locus detur exigendi creditoribus. Sic l. *Qui bonis* Dig. *De cessione bonorum* (de hac lege cf. Lugo disp. 21. n. 37.): « Qui bonis suis cessit,

si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit: iterum bona eius non veneunt. Unde ergo modum hunc aestimabimus? Utrum ex quantitate eius, quod adquisitum est, an vero ex qualitate? Et putem, ex quantitate id aestimandum esse eius, quod quaesiit: dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum, alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venumdari; nec enim fraudandus est alimentis quotidianis. Idem et si ususfructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est. »

Et l. *Ex contractu* C. de *bonis auctoritate iudicis*: « Ex contractu, qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra iuris rationem convenies, cum eum aequitas auxilio exceptionis muniat. At tunc demum iterato possis desiderare conventionem, cum tantum postea quaesivit, quod Praesidem ad eius rei licentiam debeat promovere ».

5° Hoc autem, scil. quod ex hisce bonis acquisitis possit sibi retinere quantum sufficit ad parcam quidem sed congruam sustentationem, valet etiam in foro conscientiae non modo ob rationem superius allatam sup. n. 2., sed etiam quia est privilegium iure concessum et contractus, quos iniverit, inivit eo privilegio innixus ac proinde iusti sunt etiam in foro conscientiae. Lugo disp. 21. n. 36. Molin. disp. 572. n. 9. Ferrar. *Restit.* artic. 5. n. 53.

6° Cum autem hoc beneficium concedatur cedenti bona sua, fraus vero nemini patrocinetur: nequit hoc beneficio frui, qui fraudulentam cessionem fecerit.

Hinc quod dictum est (vid. Molin. disp. 572. n. 9.), quod si ad meliorem fortunam venerit deinde debitor, non possit spoliari bonis omnibus acquisitis, uti *ex rigore iuris* spoliatur, quando cedit bonis, sed semper relinquendum *ex iis* est illi, quantum prudentis iudicis arbitrio satis ipsi est ad congruam suam parcam sustentationem; id Lugo disp. 21. n. 42., limitandum censet, *si nihil occulte sibi debitor bonis cedens reservavit.* Si enim reservaverit ad sufficientem sustentationem, non poterit uti privilegio legis, ut tantundem deinde sibi retineat ex bonis acquisitis.

Ceterum regula ex communi DD. sententia est, quod si cedens bonis venerit in pinguiorem fortunam, tenetur, quantum potest, ad integre solvendum ac restituendum, etiamsi bonis cesserit in publico iudicio et subierit ignominiam; ignominia enim non exstinguit naturalem solvendi obligationem, cum per ipsam non resarciantur creditorum damna; sed est mera poena propter praesumptam culpam illius, qui contraxerit debita supra vires suas et ad deterrendos alios, ne prodigalitate et negligentia ad eam conditionem deveniant.

409. Quod additur ab A. de discrimine inter debitorem ex delicto et

debitorem ex contractu, vix ullum locum habet. Neque enim ex iure communi privilegium cessionis bonorum conceditur nisi debitoribus, qui mere civiliter debent et de his solis leges loquuntur, quando bonorum cessionem concedunt, utcumque in iure aliquo antiquo etiam de debitis ex delicto aliquid disponeretur. Etiam in iure gallico cessio bonorum iudiciaria beneficium est, quod conceditur debitori bonae fidei, art. 1268.

410. Nihil A. dixit de quaestione: an professio religiosa excuset a debitorum solutione; nisi generatim voluerit hunc casum comprehendi inter eos, quos recenset resol. 9. Hac in re duplex est distinguenda quaestio: 1ª an professio religiosa exstinguat debita et sic eximat ab obligatione procurandae solutionis eorundem: 2ª an possit gravatus aere alieno seu quadam obligatione erga alium, quin satis fecerit cui debet, religionem profiteri. Sed de his in tr. de Praeceptis particularibus.

CLIII. Resp. 2. Ex parte creditoris excusat, 1. si is, cui debet restitui, semel remiserit, expresse vel tacite, ver. gr. si laceravit tuum chirographum vel tibi reddidit. Remissio autem haec debet esse libera, non metu, fraude vel mendacio extorta. Fill. tr. 32. c. 5. q. 9. Less. l. 2. c. 16. d. 2. 2. Excusat in foro coscientiae, si solvisti ei, cui debebat tuus creditor. Less. d. 5. Bon. p. 3. 3. Si compensatio facta est creditori per commodum aequivalens, v. gr. per procurationem officii non gratis factam. 4. Omitti aut saltem differri potest restitutio, imo aliquando debet, si creditor sit abusurus, v. gr. si quis pecunias tibi mutuo datas repetat ad fornicandum, vel aliter peccandum. Item si eas repetat ad peccandum contra iustitiam, sive inferendum damnum iniustum tertiae personae: nisi tamen ex negatione restitutionis timeretur maius malum.

411. Nemo dubitare potest, tolli obligationem restituendi, si creditor condonet seu remittat debitum, sicut et sine peccato differtur restitutio, quando creditor dilationem concedit. Ratio est, quia quisque potest iuri suo renunciare nec patitur iniuriam ex re non restituta ille, qui consentit, ut non restituatur; quia scienti et consentienti non fit iniuria.

Remissio potest esse expressa vel tacita. Tacitae autem remissionis indicium est, si creditor instrumentum seu chirographum laceret, aut ultro hoc reddat debitori; censetur enim merito, nisi ex aliis indiciis aliud colligatur, id facere animo totaliter debitum remittendi. Restitutio autem pignoris per se non infert remissionem debiti: codex quoque italicus id negat art. 1280.

Sed rursus tacita remissio, quae sufficiat ad liberandum debitorem ab onere restituendi, tunc etiam adesse censetur, quando debitor putat et causam habet rationabilem putandi, quod si per se vel per alium manifestaret debitum suum creditori, seu ipsum rogaret pro remissione, creditor liberaliter condonaret et nollet ad restitutionem obligare. Si bonus patruus vel amita nipoti aut nepti, quos amabant et a quibus multis obsequiis affecti fuerant, dederit mutua v. gr. aliquot scutata pro veste pro libris etc. et interrogari nec possit nec habeat, cur pecuniam suam

sollicite recuperare velit, quia heredes non habet necessarios etc., condonata facile censentur.

412. Haec doctrina communis est et communis dicitur a Lugo disp. 21. n. 54. et exemplum ponitur in filio, qui occulte surripuerit invito patre ad luxuriandum. Doctores communiter decernunt, non adesse obligationem restituendi, quia pater, re consumpta, non censetur invitus quoad retentionem. «Ex quibus, inquit Lugo ibid. n. 53., regula generalis colligi potest ad excusandos plures poenitentes a restitutione, quando scilicet putant, quod si per se vel alios manifestarent domino debitum suum, ipse condonaret et nollet ad restituendum obligare: iam enim datur voluntas domini sufficiens, ut retentio non sit invito domino quoad rei substantiam.»

Cui quidem doctrinae connectitur alia, quam sic Lugo ibid. n. 54. effert: « Circa eandem voluntatem praesumptam adverto, communem satis sententiam esse, quae dicit, non esse furtum grave, quando aliquis accipit rem non petitam, quam, si petiisset, dominus dedisset ». Hanc in rem facit, quod ex Digestis affertur l. 46. §§. 7. 8. ff. *de Furtis*: « Recte dictum est: qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit ». Et bene dicitur: *sive falso sive vere putet;* quod enim recte advertit Molina, apud Lugo l. c. n. 48., si quis in eo deceptus sit, agi cum eo non debet tanquam cum reo iniustae acceptionis, sed habebitur tanquam qui rem acceptam habet. Hanc doctrinam admittit et probat etiam s. Alphonsus lib. 3. n. 700.

413. Ceterum ut remissio liberet ab onere restitutionis, duas habere debet conditiones.

Harum prima est, ut sit plane libera, non autem vi, metu, dolo aut fraude extorqueatur. Est enim species quaedam *donationis, cui essentiale est, ut libere, gratuito ac liberaliter fiat.*

Hinc si creditor ad remittendam partem inducatur, quia non sperat aliter ullam solutionem, quippe debitor aliqua ratione timorem etiam tacite incutit instituendae litis, vexandi, fugiendi aut alias molestias afferendi, nihil valet remissio. Item si fingitur impotentia vel paupertas maior, quam sit reipsa eaque creditor ad remittendum moveatur, quia remissio non est plene voluntaria atque adeo oportet, ut creditor in suam libertatem restituatur, ut omnino libere vel remittat vel retineat debitum.

Hinc, ut ait Lugo disp. 21. n. 46., securi nullo modo manent illi mercatores, qui praetextu impotentiae concordias exigunt a creditoribus, qui metu amittendi totum debitum, partem singuli remittunt; cum revera debitor posset plura solvere et totum, quod superest, sibi retineat ex alienis.

Neque item valida esset remissio, si metus aut fraus peracta fuisset non quidem a debitoribus, sed a tertio vel per tertium. Nam etsi fingamus, debitorem id ignorare, adhuc tamen remissio non est libera et per consequens non est valida. Lug. ib. disp. 21. n. 48.

Casus ex Lugo n. 48.: Licet debitor ita sit comparatus, ut si creditor non remittat, non habeat animum restituendi: adhuc si aliunde non misceatur vis metusque aut fraus, remissio foret valida.

Ita si petas a Ioanne librum cum animo eum furandi nisi donet, donatio adhuc est valida, licet eo affectu peccaveris. Imo licet debitor fingat, se animum solvendi habere, quem non habeat, adhuc non vitiabitur remissio per eam fraudem, ut ait Sanchez *de Matrim.* lib. 7. disp. 9. n. 17.

Quando debitor oblata parte, possit recte putare, reliquum remitti, vid. Lugo l. c. disp. 21 n. 49.

Secunda conditio ad valorem remissionis necessaria est, ut fiat ab eo, qui condonandi potestatem habeat, tum etiam ne iura hisce remissionibus obstent.

Quod primam partem res est in propatulo: sic nulla est remissio, quae fiat ab uxore quoad bona mariti, a filio quoad bona patris aut fratris aut sororis, a famulo quoad bona domini, ab officiali quoad gabellas ac tributa, etc. ita de pupillis et minorennibus dicito.

Quoad alterum vero quatuor praesertim casus enumerari solent, quibus invalida iure ipso est condonatio (Lugo disp. 21. n. 51. et Ferrar. V. *Restitut.* artic. 5. n. 34.): videlicet 1° quae fiat iudici ecclesiastico, qui aliud receperit ultra id, quod sibi iure permissum est. Ita cap. *Statutum* §. 7. *de Rescriptis* in. 6.: « Si quid autem contra constitutionem praesentem receperit, ad ipsius restitutionem integram teneatur, nulla eorum, quibus restitutio facienda fuerit, remissione ullatenus profutura eidem ». 2° si fiat Episcopo, qui in visitatione Ecclesiarum aliquid receperit ultra sumptus necessarios ad sustentationem. Ita cap. *Exigit, de Censibus* in 6. ubi postquam tum Episcopi tum inferiores recipientes pecuniam aut munera etc. damnantur ad duplum restituendum intra mensem, subditur: « Alioquin ex tunc Patriarchae, Archiepiscopi, Episcopi duplum ipsum ultra dictum tempus restituere differentes, ingressum sibi Ecclesiae sentiant interdictum; inferiores vero ab officio et beneficio noverint se suspensos, quousque de duplo huiusmodi gravatis Ecclesiis plenariam satisfactionem impendant, *nulla eis in hoc dantium remissione, liberalitate seu gratia valitura* ». 3° Si fiat Inquisitoribus haereticae pravitatis de pecunia, quam ratione officii sui extorserint. Ita in Clementin. lib. V. cap. *Mentes de Hereticis*: « Districtius iniungentes, ne praetextu Officii inquisitionis quibusvis modis illicitis ab aliquibus pecuniam extorqueant, nec scienter attentent Ecclesiarum bona ob clericorum delictum, praedicti

occasione officii, fisco etiam Ecclesiae applicare. Quod si secus in his vel eorum altero fecerint, excommunicationis sententiae eos subiacere decernimus ipso facto. A quo non possunt absolvi praeterquam in mortis articulo, donec illis, a quibus extorserint, plene satisfacerint de pecunia sic extorta. Nullis privilegiis, pactis aut remissionibus super hoc valituris ».
4° Si fiat canonicis, qui receperint distributiones, dum a residentia aberant. Ita Conc. Trident. sept. 24. *de Reform.* cap. 12.: « Distributiones vero qui statis horis interfuerint recipiant: reliqui, quavis collatione aut remissione exclusa, his careant iuxta Bonifacii VIII. decretum ».

414. De secunda causa excusante « *Si solveris creditori creditoris* ». Quando reipsa per hanc solutionem libero creditorem meum ab onere solvendi creditori suo quod debet, palam est servari aequalitatem et suum cuique reddi. Haec autem facilius intelliguntur quam explicari queant et rationes, quae afferantur, nunquam erunt clariores re ipsa. Cum solvis creditori creditoris tui, inquit Lugo disp. 21. n. 146., transfers in te ius illius adversus creditorem tuum, v. gr. exigendi 20. aureos. Creditor tuus ergo tibi debet 20. aureos; tu autem debes ipsi viginti aureos. Ergo perfecta habetur aequalitas.

Et quidem si rationabilis causa adsit, cur id facias, creditor tuus non censetur invitus rationabiliter, imo censetur dictam solutionem ratam habere. Proinde etiam in foro externo liberaris ab onere restituendi non secus ac si creditori tuo solvisses, iuxta illud l. *Invito* C. *de Solutionibus*: « Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, se non liberat obligatione. Quod si hoc vel mandante vel ratum habente eo fecerit, non minus liberationem consequitur, quam si eidem creditori solvisset ».

415. Quod si id agas sine rationabili causa et domino rationabiliter invito, non liberaberis ab obligatione in foro externo, ut patet ex allato textu: quod quidem merito leges pro foro externo contentioso statuerunt, ad vitandas lites inde facile orituras. Tamen cum reipsa aequivalenter restitutio fiat, hinc in foro conscientiae reipsa liberaris a restituendi obligatione; quanquam 1° non excusaris a peccato iniuriae utcumque non damnosae adversus creditorem tuum: 2° reparare praeterea necessario debeas damna, si qua oriantur illi ex hac tua solutione ac 3° denique ne in foro quidem conscientiae liberaris a solutione tuo creditori facienda, si eius creditor, cui tu solvisti, propter impotentiam creditoris tui solvendi omnibus, vel postponendus erat aliis creditoribus privilegiatis, aut solum ex parte et pro rata recipere debuisset.

416. De tertia causa excusante scilicet « *de compensatione* ». Definitur compensatio « debiti et crediti inter se contributio » et locum habet, cum duo sibi invicem debent, uti si Petrus occidit columbas Ioannis et Ioannes occidit anseres Petri.

Si debitum utrinque est aequale, compensationis titulo utrinque exstinguitur obligatio restituendi nec ad id requiritur aut iudicis auctoritas aut consensus alterius partis. Ita ex l. *Si ambo* Dig. *de Compensationibus:* « Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos esse invicem obligatos, ipso iure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex communi re aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem ».

417. In ipso tamen iure excipiuntur quae debentur reipublicae titulo pensionis in publicam utilitatem. Ita l. *In ea* C. *de Compensationibus:* « In ea, quae Reipublicae te debere fateris, compensari ea, quae (invicem) ab eadem tibi debentur, is, cuius de ea re notio est, iubebit: si neque ex kalendario neque ex vectigalibus neque ex frumenti vel olei publici pecunia neque tributorum neque alimentorum neque eius, qui statutis sumptibus servit neque fideicommissi civitatis debitor sis ». Et l. *Si ex venditione* C. eod. tit.: « Si ex venditione pretium venditori debetur, compensationis ratio opponitur. *Adversus fiscum* enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem obiicere prohibentur ».

Rursus, excipiuntur quae debentur ratione *depositi*. Sic l. ult. §. 1. C. tit. sup.: « Excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus ».

Idque in ius canonicum receptum est, ut patet ex cap. *Bona fides de Deposito:* « Depositori licet pro voluntate sua depositum revocare, contra quod *compensationi* vel deductioni locus non fuit, ut contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam minime referatur, licet compensatio admittatur in aliis, si causa, ex qua postulatur, sit liquida, ita quod facilem exitum credatur habere ».

Idipsum et de debitis ex commodato statuitur l. *Praetextu* Cod. *de Commodato*. « Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur ».

418. Praeterea tria necessaria sunt. 1° Ut utrumque debitum sit liquidum et certum: prouti alias de occulta compensatione diximus. Hinc et *in l. ultim.* Dig. *de Compensationibus* exceptio compensationis, quae claris argumentis probari non possit, reiicitur quasi ad ambages serendas excogitata, aut certe solvere cogitur debitor relicta facultate, ut diversa veluti causa de iure suo agat.

2° Necessarium est, ut utrumque debitum sit ex iustitia commutativa. Ergo non potest quis obtentu gratitudinis ob beneficia, se a restitutionis onere liberare.

3° Sicut non admittitur, ut quis compenset debitum dando beneficium ecclesiasticum; nam simonia esset: aequivalens tamen esset compensatio,

si quis gratis aut daret aut procuraret officium seculare, quod ceterum vendi solet (a).

419. Modus compensationis admittitur, si quis alteri (creditori suo) donet, seu potius se donare simulet, animo tamen satisfaciendi debito suo.

Quaestio autem additur et magno calore agitatur, an qui immemor debiti sui donat aliquid creditori, satisfacere censeatur. Videri possunt argumenta utriusque sententiae affirmantis et negantis apud s. Alphonsum lib. 3. n. 700. Q. II. Ad praxim satis nobis nosse sit, vere probabilem esse sententiam affirmantem ac proinde si quod donatum fuit, exaequet quantitatem debiti, non esse poenitentem cogendum ad rursus dandum. Miror autem inter rationes huius doctrinae, quarum aliquae valde subtiles sunt et metaphysicae, omissam eam fuisse, quae intellectu valde facilis est, videlicet praesumendum esse de creditore non modo quod non sit invitus, sed quod ultro in id interpretative consentiat. Et sane quoad rei substantiam supponimus creditori datum fuisse id omne, quod ex iure ei debebatur. Si quid igitur deest, illud unum est, debitori animum affuisse donandi potius quam satisfaciendi debito et hanc intentionis omissionem non ex malo animo non satisfaciendi profectam esse, sed ex oblivione aut ignorantia. Ergo creditor damnare deberet ad iteratam solutionem debitorem, hac unice de causa quod ex errore defuit ea intentio, qui tamen error effecerit, ut ex benevolentia donaret quod multo certius dedisset ex officio. Atqui id de creditore rationabili praesumi nullo modo debet. Ergo.

420. De quarta causa nihil dicendum.

421.* Quaerunt Theologi, an qui dubitat restitutionem fecisse, excusetur a praestanda, nova forte, solutione. De hac re iam dictum est in tract. *de Conscientia* nn. 171-173. Heic unum advertimus. Citari solet pro sententia affirmante, etiam cum dubium sit positivum, Card. Lugo *de Iust. et Iure* disp. 18. n. 9. seqq.: quae citatio praeterita est in tract. *de Conscientia*. Cur vero? quia profecto dubitamus saltem, an ibi Lugo de dubio positivo loquatur. Sic idem rationem, ut ipse ait, a priori suae affirmationis affert.

« In foro conscientiae, ubi non est peculiaris ratio differentiae, proce-

---

(a) Iure quoque gallico statutum est, ut cum duo sunt sibi invicem debitores, debita exstinguantur, secundum quantitatem, qua sibi respondent. Quae compensatio iure fit, vi legis, ignorantibus quoque debitoribus. Oportet tamen ut debita sita sint in pecunia vel in determinata quantitate rerum fungibilium eiusdem speciei. Compensatio non habet locum, cum dominus rem suam petit, qua fuit iniuste spoliatus: cum petitur restitutio depositi aut commodati: cum agitur de debito, cuius causa seu titulus sint alimenta non subiecta sequestro, art. 1289-1293. Ita et Codex italicus, qui causis excludentibus compensationem accenset et eam; cum nempe debitor antecedenter renuntiavit compensationi, art. 1285-1289.

dere debemus, sicut prudens iudex, attento iure naturali, procederet in foro externo. In externo autem foro si creditor exigat debitum, ostensa scriptura mutui v. gr. et debitor respondeat, se nihil debere; quia dubitat, an solverit: haec exceptio et responsio tanquam omnino futilis reiicietur ». Hoc profecto verum est, si reus dicat tantum se dubitare: sed si rationes probabiles proferat, eas, puto, perpendet iudex et non statim reiiciet exceptionem tanquam omnino futilem. Et sane idem Lugo disp. 23. n. 110. monet quod huiusmodi regula, desumpta ex foro externo, procedit, « quando est merum dubium negativum; nam si esset dubium positivum et rationes probabiles pro utraque parte, tunc servandae essent regulae, quae communiter dantur circa conscientiam probabilem » : quod iam in tract. *de Conscientia* n. 157. allatum est. Arguit praeterea Lugo n. 10. disp. 18. ex eo, qui ex poenitentia vel voto debet eleemosynam dare, quique si dubitat an dederit, adhuc obligatione dandi tenetur. Atqui si de mero dubio agitur, nulla est difficultas; sed si rationes probabiles adsint, cur non respondebimus cum ipso Lugo *de Poenit.* disp. 16. n. 59: « in aliis etiam praeceptis obligatio est certa, audiendi sacrum v. gr., ieiunandi, recitandi officium etc. et tamen satisfacit homo, si iuxta probabilem sententiam ieiunet, audiat sacrum vel recitat officium: *cur ergo non satisfaciet* per confessionem (de hac re agit et nos dicemus *per eleemosynam*) *probabilem obligationi* confitendi (seu *poenitentiae*) ».

Ceterum si rationes vere probabiles sint pro debitore, quod debito fuerit satisfactum, vix puto fieri posse ut creditor vel eas perpendens, nullo pulsetur dubio de iure suo exigendi integrum debitum, etsi exterius profiteatur se certum de eo esse, vel non pulsaretur, si eas expenderet: si vero uterque dubitat, vel affirmari potest creditorem quoque dubitaturum, si rationes debitoris perpenderet: tuto sequi possumus doctrinam Laymann in tr. *de Consc.* allatam, quam et s. Alphonsus probabilem dicit.*

PARS III.

DE CONTRACTIBUS.

CAPUT I.

DE CONTRACTIBUS IN GENERE.

1. Respond. Est pactum, sive consensus duorum, quo scienter, libere et legitime uterque se vicissim vel minimum saltem una pars se alteri acceptanti obligat, quocunque signo externo id fiat: ut v. gr. in contractu mutui, ex una parte mutuans se obligat non repetere mutuum ante certum tempus, ex altera parte mutuatarius se obligat tunc illud reddere et sic de aliis. In promissione autem, vel donatione absoluta una pars tantum obligatur post alterius acceptationem.

1. *Pactum* distingui solet a *contractu* ceu genus a sua specie et tunc *contractus* stricte sumitur: si vero *late* sumatur contractus, idem erit ac *pactum*. Quid sibi velit haec lata vel stricta *contractus* significatio, ex definitionibus patebit.

2. Pactum (seu etiam *contractus latiori sensu*) est duorum vel plurium in idem placitum consensus. Ita L. *Huius* §. 2. Dig. *de Pactis* ex Ulpiano: « Pactum autem a pactione dicitur: inde etiam pacis nomen appellatum est. §. 2. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus ». Vel, ut idem Ulpianus alibi scripsit l. *Pactum* Dig. *de Pollicitationibus*. « Pactum est duorum consensus atque conventio ».

Porro effectus omnis pacti est obligatio saltem ex parte unius; unde donatio inter vivos est pactum, quatenus donans se obligat ad rem a donatario non repetendam. Neque donatio dicitur *contractus*, nisi latissimo sensu. Voet in lib. 39. Tit. 5. n. 2.

Sic appellatur lato sensu *contractus* promissio liberalis acceptata: donatio quoque, quando non incipit a rei traditione, quia obligat donantem ad rem tradendam: quando incipit a rei traditione, dicitur a quibusdam *semicontractus*, seu *late contractus*, quia donator ex parte sua obligatur saltem ad non repetendam rem traditam.

3. Contractus presso sensu in iure dicitur *ultro citroque obligatio*. Ita l. *Labeo* Dig. *de Verbor. Signific.*: « Labeo libro primo Praetoris Urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur... Contractum autem *ultro citroque obligationem*, quod graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem etc. ». In qua definitione, ut advertit Lugo disp. 22. n. 1.: « obligatio sumitur causaliter; non enim est contractus ipsa obligatio, sed causa obligationis ».

Et sic definiri poterit: *Pactum reciprocum seu mutuum, quod ex utraque parte paciscentium parit obligationem.*

4. Imo aliis placuit triplex contractus significatio pro triplici latiori vel minus lata significatione. « Contractus vocabulum, inquit Voet lib. 44. tit. 7. n. 4., licet tam amplo sensu quandoque occurrat in iure, ut et pacta legitima atque praetoria et quasi-contractus imo et ipsum precarium complectatur...; quandoque solos includat contractus ultro citroque obligatorios l. *Labeo* Dig. *de Verb. Signif.*: medio tamen sensu contractus est conventio de re danda, facienda vel praestanda, cui subest civiliter et efficaciter obligandi causa ex sua natura. Dividuntur vero contractus, quod vel utrinque sint obligatorii aequaliter atque aeque principaliter, ut emptio, locatio etc.; vel ex uno tantum latere obligatorii... vel utrinque quidem obligatorii, sed non aequaliter aut aeque principaliter, quale est depositum, pignus etc.

5. *Obligatio,* quae ponitur in definitione contractus presse sumpti, non intelligitur merae gratitudinis neque obedientiae neque Religionis; sed obligatio ex iustitia commutativa, cuius violatio sit vera iniuria seu iniustitia. Quae quidem obligatio mere *naturalis* censetur, prouti oritur ex natura ipsius contractus et a positivo iure non reprobatur: *civilis* vero censetur, quando leges eam adiuvant et ad eam fovendam tribuunt actionem. Sic v. gr. in pacto nudo (de quo infra) datur *naturalis* obligatio, nec tamen pro eo *regulariter* datur actio civilis. Sic in emptione supra iustum pretium, extra tamen dimidium iusti pretii, datur obligatio *naturalis* restituendi excessum, licet non detur *civilis; quia* leges, ad vitandas lites, non dant actionem pro illo excessu.

6. Commemoranda est heic obligatio, quae oritur ex *quasi-contractu,* quae itidem est obligatio ex iustitia.

Obligatio ex quasi-contractu dicitur a quibusdam, quae oritur ex *officio,* puta *tutoris, curatoris, gestoris negotiorum, medici, gubernatoris* (Lug. disp. 22. n. 5.). Sed minus adaequata haec notio videtur. De iis in Instit. lib. 3. tit. 28. dicitur: « Quae (obligationes) non proprie nasci ex contractu intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, *quasi ex contractu nasci* videntur ».

Particula *quasi* et *similitudinis* nota est et *improprietatis.* Cum enim dicamus, *quasi ex contractu* obligationem nasci, quando citra conventionem obligatio oritur ex facto non turpi; profecto *improprietas* in eo est, quod dicitur *citra conventionem*: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventione: *Similitudo* vero, quia quod dicitur *ex facto non turpi,* id dicitur quod non cadit in speciem maleficii, praeter quod solus contractus radix obligationis superesse videtur.

7. In Instit. autem isti casus enumerantur. 1° Cum quis negotia absentis

gesserit: ex qua gestione mutua exsurgit actio, quae non est ex contractu. 2° Tutores, qui iudicio tutelae tenentur. Nam mutuae inter pupillum et tutorem dantur actiones, cum tamen non proprie sint ex contractu obligati. 3° Si inter aliquos communis res fuit, sed sine societate, velut si communem duobus hereditatem unus eorum administraverit aut fructus perceperit etc., cum nihil inter se contraxerint. 4° Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur. 5° Item is, cui per errorem aliquis non debitum solverit; non enim ex contractu intelligitur ad restituendum obligari.

Sed et alii adiici casus solent (vid. Voet lib. 5. tit. 3. n. 1.) quasi *contractus;* ex quorum indole perspecta iuxta alios definiri posset (Voet lib. 44. tit. 7. n. 7.) « *praesumpta conventio, ex qua, mediante facto, valida nascitur obligatio* ». Vel, ut alii habent (Vinn. ad Instit. lib. 3. tit. 28.), quasi contractus dicitur « *factum omne non turpe, quo aut is qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri sine conventione obligatur* » vel ut melius alii (Heineccius ad hunc. Vinnii locum): « *factum honestum, quo et ignorantes obligamur ex consensu ob aequitatem vel utilitatem praesumpto* » (a).

8. Ea de re Lugo disp. 22. n. 5.: « An vero haec obligatio oriatur ex voluntate illius, qui obligatur, an vero ex lege, vel aequitate obligante; dicendum est, aliquando ex voluntate ipsius obligati provenire, quando sponte suscipit illud officium; eo enim ipso videtur velle suscipere onera et obligationes ei adnexas. Aliquando provenit ex lege vel superiore imponente tibi etiam invito et repugnanti tale officium, cui adnexa est obligatio illa ex iustitia. Aliquando ex iustitia seu aequitate et tunc ex hac parte deficit a vera ratione contractus et ideo appellatur obligatio ex quasi-contractu seu ex officio, quae tamen imitatur obligationem ortam ex contractu ».

9. Antequam definitionem perpendamus ab A. propositam, e qua dein subiectae resolutiones ac quaestiones pendent, aliquid breviter innuendum de variis contractuum divisionibus, secundum ius commune.

Contractus aliqui dicuntur *nominati,* quia proprium nomen in iure habent, ut emptio, conductio. Alii dicuntur *innominati,* quia proprium nomen in iure non habent, licet aeque obligent ac nominati.

10. Unde id factum sit, docent ipsa iura l. 3. et 4. Dig. *de Praescriptis verbis et in factum actionibus:* « Contractus exsistunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt. Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula ».

(a) Ita et C. C. Italus art. 1140. « Quasi-contractus est factum voluntarium et licitum, ex quo oritur obligatio erga alium aut obligatio mutua inter partes ».

Quatuor vulgo numerantur, prouti et in l. 5. Dig. tit. sup., nempe *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Ex quibus tamen plures possunt exsurgere, v. gr.: *do ut des et facias, facio ut des et facias, do et facio ut des, do et facio ut facias; do et facio ut des et facias*. Cumque in actione comprehendatur et negatio seu omissio, proinde alii erunt contractus, *do ne des, do ne facias, facio ne des, facio ne facias* etc.

Notat autem Lugo disp. 22. n. 7.: Quando id, quod datur, est vere pretium (pecunia), erit *emptio* vel *conductio*: quando vero datur partim pecunia partim aliud, erit contractus *mixtus* et naturam sortietur iuxta partem praevalentem. Ceterum contractus innominati regulandi et iudicandi sunt iuxta contractus nominatos, quibus magis assimilantur: quare *do ut des* regulandus est iuxta *emptionem* et *venditionem: do ut facias*, regulandus potius iuxta *conductionem*.

11. Contractus alii dicuntur *gratuiti*, alii *onerosi*. Gratuitum est pactum, quod ex una tantum paciscentium parte obligationem parit, uti promissio stipulata, vel nude acceptata, aliquid in alterius gratiam faciendi aut dandi sine reciproca obligatione. Aliud *reciprocum* seu *onerosum*, quod ex utraque paciscentium parte parit obligationem et idem est quod contractus. Priores contractus dicuntur etiam *lucrativi*. Struggl. tr. 6. q. 4. n. 2. *Lucrativus* est, in quo nihil rependitur, v. gr. promissio, donatio, commodatum; unde etiam dici solet contractus *gratuitus*. *Onerosus* vero dicitur, in quo loco eius, quod accipitur, aliquid aliud reddi debet, v. gr. emptio, locatio. Priores contractus μονόπλευροι dici consueverunt, *unum latus scil. habentes*, posteriores vero δίπλευροι duo habentes latera (a).

12. Memorandum est etiam discrimen inter contractus *absolutos* et *conditionatos*. Illi fiunt independenter a quacumque conditione. Isti conditionate fiunt et dependenter ab apposita aliqua conditione: hi porro non obligant, nisi conditione purificata.

13. Alii dicuntur contractus *bonae fidei*, alia *stricti iuris*. In primis iudex potest multa ex aequo et bono arbitrari; in secundis standum est verbis contrahentium. Lugo disp. 22. n. 10. Molina disp. 259. Vinn. ad §. 28. *De actionibus* Instit. lib. 4. tit. 6.: « Actiones *bonae fidei* sunt, in quibus libera potestas iudici permittitur aestimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide praestare oporteat. *Stricti iuris* sunt, in quibus potestas iudicis formulae a praetore praescriptae adstringitur... et dictae sunt *stricti iuris* seu *stricti iudicii;* quia iudex non plus poterat

---

(a) Alii, ut Lugo disp. 22. n. 9. Lessius l. 2. c. 17. n. 16., unam tantum habent divisionem, *lucrativi* et *onerosi* atque sub oneroso collocat Lessius *mutuum* quoque. E.

quam formula exprimebat; unde nec nomen *arbitri* in his causis competit iudici nec iudicio datur nomen arbitrii.

Ut actiones, ita et contractus hoc pacto dividuntur. Porro bona fides non heic opponitur dolo ac fraudi, sed idem est, ac interpretatio secundum aequum ac bonum; bonae fidei enim, prout dolo carent, omnes debent esse contractus.

Ius strictum accipitur, non ut opponitur aequitati sive epikeiae et tenaciter adhaeret verbis etiam contra mentem et intentionem proferentis: nam in hoc sensu nullus stricti iuris esse debet contractus.

Laymann *de Pactis et Contractibus* cap. 3. n. 4. brevius dicit, bonae fidei, qui latiorem recipiunt interpretationem, stricti iuris, qui strictioris interpretationis sunt contractus.

Bonae fidei contractus sunt emptio venditio, locatio conductio, negotiorum gestio, mandatum, depositum, societas, commodatum, pignus. Cf. §. 28. *Actionum* Inst. *de Actionibus*.

Contra censentur contractus stricti iuris plerique innominati, item mutuum, census, gratuita stipulatio aut donatio: quo spectat l. 99. Dig. *de Verb. Obligationib.*: « Quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligendum est ac fere semper secundum promissorem interpretamur ». Idipsum idcirco de votis et legatis ad pias causas valere censent DD. apud Laym. l. c.

Discriminis ratio petenda est ex natura contractuum: in quorum aliis aequum est iudici tribui laxiorem interpretandi facultatem, in aliis aequum est, ut interpretatio certis terminis constringatur. Prioris generis sunt contractus utrinque onerosi; posterioris sunt contractus, qui unam tantum partem obligant. Nam ubi utraque obligatur, ex communi utilitate et voto est, ut non tam quod verbis et lingua nuncupatum sit, quam quod aequi bonique ratio spectetur. Cum autem una pars obligatur, non admittenda laxa interpretatio, ne urgeatur, de quo expresse non convenit nec contractu continetur. Insuper in negotiis utrinque obligatoriis difficilius est ob varietatem infinitam circumstantiarum omnia pactionibus ita circumscribere, ut etiam a prudentissimo quaedam non omittantur; aequum ergo erat, ut quod forte expressae partium conventioni deerat, per iudicem ex aequo et bono suppleretur. Contra in negotiis ex una tantum parte obligantibus non tam variae occurrunt circumstantiae: suae igitur culpae ac negligentiae tribuendum, si minus cuiquam prospectum fuerit.

14. Pactum aliud est *nudum*, aliud *vestitum*. Nudum pactum est simplex conventio, cuius vis naturalis et obligatio nullo civili iure confirmatur ita, ut in foro externo actionem non pariat, sed tantum *exceptionem*. Appellatur *nudum pactum;* quia solum pactum est et nihil amplius (l. 23.

C. *de Pignor.*), prouti eadem figura dicitur nudus consensus, nuda voluntas, nuda vox, graecis Τιλὸν σύμφωνον (Vinn. lib. 3. tit. 14. §. 1. n. 6). Ex. gr. si nude promisisti te daturum aut commodaturum et alius nude acceptavit. Hisce conventionibus subtracta est vis coatrix, ut sola paciscentium fide staretur; cum honestius sit et conducibilius ad excitandum virtutis studium, relinquere quaedam hominum inter se spontaneae fidei et probitati, quam omnia vinculis legum et necessitate constringere. Adde, quod sic vitatur nimia civilium actionum et litium multitudo, quippe iudex ad harum conventionum exsecutionem debitorem non compellat.

Nihilominus exceptionis beneficium contra actorem tribuit. Sic si ex venditione tibi debeo 100. solvendos ultima mensis: tu vero mihi promisisti daturum mutuos 100., petenti possum exceptionem opponere, quia remanet obligatio illa naturalis non exstincta. Sed habet plures adhuc effectus, scil. 1° tribuit ius excipiendi et compensatione utendi: 2° Si solutum fuerit, quod ex hoc pacto debetur, non conceditur repetitio: 3° Pro naturalibus eiusmodi debitis obligatur fideiussor et 4° retineri potest pignus. Laym. l. c. c. 2. n. 1.

15. Praeterea sunt quidam casus, quibus actio datur ob nudum pactum in civili iure. Ita v. gr. si agatur de donatione incipiente a promissione acceptata ante traditionem, vel de promissione dotis in favorem matrimonii, aut de promissione solvendi alienum debitum (vid. Lugo disp. 22. n. 14).

In foro autem canonico actio datur ob nudum pactum, dummodo initum sit pactum (promissionis) cum *expressione causae*, dummodo vel ratione personarum vel ratione materiae ad forum ecclesiasticum causa spectet. Si vero agatur de promissione facta Ecclesiae, non opus est expressione causae; quia sufficiens semper praesumitur, pietatis scil. ac religionis ratio. Vid. Laymann l. c. cap. 2. n. 3. et Molina disp. 255. et 257. tom. 2.

16. Vestitum dicitur pactum, quando non modo parit obligationem naturalem, sed etiam actionem in foro civili, seu, ut inquit Vinn. lib. 3. tit. 14. §. 1. n. 9. « Conventio non nuda seu vestita est, quae puri placiti fines egreditur, quod ex duobus notis cognoscitur sc. vel si proprium nomen sortita sit, vel si praeter conventionem alia obligandi causa subsit ».

Multiplici autem ratione vestitur pactum aut contractus, seu multipliciter pactum transit in naturam contractus civilis.

Ac 1° pacta quaedam vestiuntur seu confirmantur ipso legis seu iuris auxilio, uti superius (n. 15.) advertimus (vid. Laym. l. c. n. 2. §. *Quinto*).

2° Pacta quaedam eo ipso vestiuntur, quod contractus sint nominati et in suo genere perfecti, uti emptio venditio, locatio, societas etc.

3° Si accedat stipulatio, quae romano more interrogatione ac mutua

responsione perficiebatur: v. gr. *Promittis, te mihi decem oves daturum? promitto. Fideiubes? Fideiubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam.* Quocirca, quae exinde oriebatur, dicta fuit *verborum obligatio,* ut patet ex Titulo Digesti qui agit de hoc argumento, et inscribitur « *De Verborum obligationibus* (vid. Laym. l. c. §. *Quarto*). Praecedit autem interrogatio et apta sequitur responsio, tum ut quisque credatur serio et meditato promisisse de quo rogatus est et ne temere ex verbis inconsiderate prolatis videretur devictus (Voet lib. 45. tit. 1. n. 2), tum ut ex interrogatione et subsequente in continenti responsione, quae inter praesentes fieri debent, certo constet de re stipulata. Nam stipulatio non sustinetur, nisi in eam summam, in quam utriusque consensus concurrit. Hinc si roganti seu stipulanti decem promittas quinque, aut viceversa stipulanti quinque promittas decem, in sola quinque stipulatur (Voet. l. c. n. 7.). Utroque enim in casu id solum inter utrumque convenit.

Formulae stipulationis adhiberi possunt in quolibet contractu ideoque stipulationis vinculo ceterae conventiones et obligationes possunt firmari. Sed stipulatio, prout iure romano in certis verborum formulis consistebat, unde verborum obligationem pariebat, nunc in desuetudinem abiit; mansit tamen prout est conventio, quovis sufficienti signo, mutuo facta et acceptata. Ea per se consistit, absque alio contractu, in promissione acceptata: qui acceptat *stipulator,* alter *promissor* dicitur. Itaque opus haud erit ut de stipulatione deinceps speciatim tractemus, quemadmodum solebant veteres iurisperiti ad normam legum romanarum.

4° Si ex alterutra parte facta sit rei traditio aut promissio fuerit impleta, seu posita conditio. Tunc enim obligatio non consurgit ex mera conventione, *sed ex re ipsa.* Propterea ille, qui ex parte sua implevit, actionem habet adversus alium vel ut compellat ad suam partem promissam complendam, vel ut sibi restituatur quod dedit etc. Vid. Layman. lib. 3. tr. 4. cap. 3. l. c. § *Secundo.*

5° Si contractus innominatus fiat per scripturam coram notario seu tabellione, aut per chirographum manu promissoris subscriptum. In contractibus coram notario factis intervenire solet stipulatio, dum notarius singulos contrahentes interrogat et isti respondent, quod totum per scripturam constat. Lugo disp. 22. n. 13.

6° Si pactum nudum adiiciatur contractui per ius civile firmo, tunc per eiusmodi *cohaerentiam* seu *adiectionem* etiam nuda illa conventio adiecta firmitatem eandem sortitur. Ita, ut inquit Laymann l. c. §. *Tertio,* si aedes vendidisti Titio et in continenti seu non ex intervallo pactum adiecisti ut inquilinum te in eas recipiat, pactio ista quae, per se ac seorsim spectata, nuda et informis foret, adiectione ad venditionem con-

firmatur. Quare Titium actione *ex vendito* ad utrumque compellere potes, ut et pretium pro aedibus solvat et in eas te inquilinum recipiat.

7° Iuxta probabiliorem sententiam (Laymann. l. c. §. *Sexto*) pacta confirmantur ita, ut actionem civilem pariant, ex iuramento.

Denique 8° addi his omnibus potest circumstantia loci, nempe si pactum fiat in iudicio. Struggl. tract. 6. q. 4. art. 1. n. 1.

17. Cum in definitione contractus dicatur, esse pactum, quo sese contrahentes obligant, obligatio autem non pariatur, nisi contractus sit in suo esse seu in sua essentia perfectus, hinc DD. merito requirunt, quandonam contractus censeantur in suo esse perfecti. Lugo disp. 22. a n. 15.

Respondent autem, non eodem modo hanc perfectionem contractus sortiri, sed quadruplici.

Nam 1°. Aliqui contractus perficiuntur *solo consensu mutuo exterius manifestato*, uti v. gr. locatio, mandatum. Ratio est, quia haec nomina imposita sunt mutuae huic partium conventioni. Ergo posita hac conventione, positum est id totum, quod nomen locationis aut mandati significant. Ergo locatio perfecta intelligitur etiam antequam tibi tradatur v. gr. domus aut alia res locata. Lugo ibid. n. 18.

2° Alii contractus dicuntur perfici *rebus*, nec perfecti censentur antequam res ponatur. Eiusmodi est contractus mutui, pignoris, depositi, donationis. Nam antequam re ipsa des pecuniam mutuam, mutuum non fit, neque fit depositum, antequam res deponatur, neque donatio antequam res donata tradatur, cum tunc sit sola promissio.

Regula autem apud omnes, qua dignoscatur, num solum verbis an etiam re contractus perficiatur, haec est, ut inspiciatur nomen contractus. Nam si nomen significet rem ipsam et factum externum, tunc contractus dicetur perfici *rebus*; si vero solum significat conventionem, tunc *verbis* complebitur.

3° Sunt alii contractus, qui praeter consensum quomodolibet manifestatum, *ex antiqui romani iuris dispositione* indigebant certa verborum formula, sine qua non dabatur talis contractus, qualis in iure tali nomine significatur, quod locum habet praesertim *in stipulatione*. Nunc tamen in hoc contractu necessaria haud est formula illa, ut ait Lugo, superstitiosa; sed quibuscumque vocibus in quolibet idiomate significantibus contractus perficitur, dummodo voces notae sint contrahentibus et exprimant petitionem et consensum: unde stipulatio a simplici promissione differt: ita in Inst. *de verb. oblig.* §. 1. Illud tamen adhuc requiritur, ait Vinnius ibid., ut verba ex utraque parte interveniant et promissio interrogationem excipiat absque notabili intervallo. Necesse est quoque ut voces tales sint, quae ex *communi institutione* id significent, non autem ad solum contrahentium placitum, quia essent potius nutus aut signa al-

terius generis, non vero verba humana: sine verbis autem stipulatio non exsistit.

Illud autem advertendum, quaecumque tandem verba sive determinata sive non determinata exigantur, quae consensum internum exprimant, haec eiusmodi esse debent, quibus contrahentes sibi invicem *practice* consensum et obligationem significent, qua se actu scilicet ligare velle significent.

Quomodo autem consensus exprimi possit *enunciative* potius, quem *practice*, ita ut vis obligandi non exsurgat nec sit reipsa contractus, exempla habes sive quoad Matrimonium sive quoad donationem, aut institutionem haeredis apud Lugo disp. 22. n. 23.

4° Denique quidam contractus perficiuntur *scriptura;* idque fit quando haec est contrahentium mens, ut suspendatur contractus quousque scriptura fiat; quo casu ante scripturam completam singulae partes resilire possunt. Quando autem censendi sint voluisse, ut interim contractus suspendatur, ex adiunctis coniiciendum est et plerumque (ut s. Alph. notat) suspensus censetur usque ad scripturam contractus, nisi contrarium aliunde colligatur ac veluti expressum fuerit; ut si v. gr. dixerint, se ex praesenti habere velle ceu invicem obligatos. 2° Quando agitur de contractibus, ad quorum valorem seu formam scriptura iure exigitur, uti v. gr. emphyteusis de re ecclesiastica (a).

18. Nunc Resp. A. perpendamus. Et quoad consensum quaedam sunt definienda. Sane

1° Si quis habet animum se obligandi, sed non implendi obligationem, obligatur; nam reipsa animus non observandi stare potest cum voluntate se obligandi. Exempla obvia (Lug. disp. 22. n. 36.) v. gr. viri qui contrahit matrimonium sine animo servandi fidem coniugalem aut suscipit officium iudicis, magistri, parochi, canonici, discipuli, sine animo implendi obligationes. Cf. dicta de Iuramento n. 65.

2° Idem dicito, si quis habeat animum promittendi; obligatus enim certe manet, quia promissio ex se parit obligationem et qui vult causam, implicite vult necessario adnexum effectum: implicite ergo se voluit obligare. Excipe, nisi ignoraverit, ex promissione oriri obligationem, ex quo

(a) In moderno iure gallico, etiam italico, quaedam ex memoratis distinctionibus evanuerunt. Ita distinctio inter contractus *nominatos* et *innominatos;* nam dicitur tantum, quod « contractus sive habeant propriam denominationem sive non habeant, subiiciuntur quibusdam regulis generalibus ». C. G. art. 1107. C. I. art. 1103. Nec occurrit proprie distinctio inter contractus *bonae fidei* et *stricti iuris*. Quia vero etiam hi codices pro pluribus contractibus certam formam seu sollemnitatem postulant pro eorum valore seu ut actionem habeant, divisio inter *pacta nuda* et *vestita* adhuc manet. *Stipulatio* autem est nomen commune omnibus pactis et stipulari ille dicitur, erga quem alter obligationem contrahit. Cf. C. Ital. artt. 1134. 1137.

factum fuerit, ut animum obligandi se non habuerit, quippe ignorantia causat involuntarium. Fere tamen vix haec ignorantia fingi potest, nisi quae promissio dicitur, sit expressio potius propositi: adeo ut obligatio seu promissio non fiat vere praesentibus, sed nemini, vel absenti alicui (Lugo ibid. n. 37).

19. 3° Quaestio fit, an maneat obligatus qui animum habet promittendi, sed cum expressa voluntate se non obligandi. Quae quaestio nullius momenti videri posset, sed est gravissimi, ut videbimus in tract. de Matrimonio, ubi de coniugiis calvinistarum, cum conditione futurae fidelitatis.

Quidam affirmant apud Lugo disp. 22. n. 38., quia qui vult causam, vult effectum et qui dat formam, vult consequentia ad formam.

Alii negant: Ratio 1° quia obligatio in contractu non potest oriri nisi ex propria voluntate. 2° Quia conditio, quae contraria est substantiae, annullat contractum, uti si velis ducere uxorem ad sex menses. Ita in cap. *Si conditiones, de Conditionibus appositis* ait Gregorius IX: « Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur, puta si alter dicat alteri: Contraham tecum si generationem prolis evites, vel, donec aliam inveniam honore vel facultatibus digniorem...; matrimonialis contractus, quantumcumque sit favorabilis, caret effectu: Licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi ».

S. Alph. (n. 710.) dicit duplicem adesse sententiam probabilem; primam probabilem, quae affirmat, obligari; aliam probabiliorem, quae id negat.

20. Melius distingues. Namque aut promissio et animus se non obligandi versantur circa idem omnino obiectum eodemque sub respectu seu sensu, et tunc promissio est prorsus illusoria, ut diximus ubi de Iuramento; quippe promissio est fidei obligatio et nihilominus supponimus te nolle hanc obligationem. Si vero promissio et animus se non obligandi referantur ad obiectum, quod multiplicem habet considerationem, tunc distingues alio modo cum Lugo disp. 22. n. 39. Inspiciendum nempe, utra e duabus voluntatibus contrariis praevalere dicenda sit; nam praevalere debet, quae magis efficax et absoluta, seu quae habet modum magis universalem volendi et cum reflexione formali vel virtuali supra alteram.

Ergo si magis efficax et absoluta sit voluntas promittendi et contrahendi, quam voluntas te non obligandi, orietur obligatio, etiamsi ex errore putes e contractu aut promissione non oriri obligationem atque adeo non velis te obligare. Ita qui ex errore putet, non offerri in Missa sacrificium, atque ideo nolit sacrificium offerre, tamen si velit efficaciter con-

secrare, hic certe offert sacrificium. Sic qui ignoret, professioni religiosae aut statui clericali quodpiam onus esse adnexum.

Si vero voluntas se non obligandi est magis efficax et absoluta quam voluntas contrahendi aut promittendi, non sequetur obligatio, prouti evincunt argumenta secundae sententiae. Vere enim non datur voluntas absoluta et efficax promissionis, sed solum conditionata, scil. si ex ea non oriatur obligatio, unde reipsa nulla adest absoluta promittendi voluntas. Promissio enim est obligatio fidei, alteri facta.

Denique si aeque efficax esset utraque voluntas, actus esset nullus; quia intenderet effectum impossibilem. Et cum non habeas voluntatem promittendi, nisi id careat obligatione, voluntas promittendi reipsa nulla est absolute sed solum chimaerica et ficta.

21. Alia fit quaestio, an valide contrahat, qui signis externis promittit et contrahit, sed sine animo interno promittendi aut contrahendi. De qua Ligorius lib. 3. n. 709. et Lugo disp. 22. a n. 44.

Licet aliqui validos hos contractus habuerint (apud Lugo l. c. n. 44.), contraria tamen sententia (ut inquit Lugo l. c. n. 45. et Ligorius l. c.) defenditur communiter ab omnibus doctoribus *ut certa*.

Id patet 1° manifeste ex contractu matrimonii qui, ubi consensus desit, nullus est certissime. 2° Ex natura contractus, qui definitur consensus. 3° Quia quod nostrum est transferri ad alios non potest, nisi nostra voluntate.

Quoad inconvenientia vero, quae plura sequi videntur ex hac sententia ac damna in alteram partem, respondetur, satis his prospici ex aliis obligationibus, quas ficte contrahens incurrit. Certe si matrimonium quis ficte contraxit, regulariter adigitur, ut postea vere consentiat et sic coniugem iniuste deceptum servet indemnem itemque in aliis contractibus, quando aliter pars decepta servari non potest indemnis, nisi alter deponat fictionem et vere consentiens contrahat, ad id plane tenetur. Proinde s. Alph. n. 709. huc revocat obligationem, quam stuprator, ficte promittens matrimonium, contrahit, postquam stuprum completum est: quando nempe generatim contractus sit onerosus et alter contrahens partem suam impleverit. Quando autem qui deceptus fuit nullum ex fictione damnum passus fuerit; nullum aliud sequitur inconveniens ac sequatur in aliis deceptionibus circa materiam non perniciosam et solum actio erit contra veracitatem et fidelitatem debitam, ut externis signis respondeat mens et vicissim.

22. * Contractus potest non solum absolute fieri, sed etiam apposita conditione, quae est quaedam circumstantia extrinseca; nam quae insunt rei, etsi exprimantur, non faciunt actum conditionalem, si exprimantur eo modo, quo insunt. Lugo disp. 22. n. 338. Multiplex autem est distin-

ctio conditionis. 1º Conditio est *de praesenti, de praeterito, de futuro*. Conditio de praesenti vel praeterito statim firmat contractum, si vera est; infirmat, si falsa. Ita omnes et res per se patet.

2º Conditio de futuro vel est de re *necessaria*, vel *contingente*, vel *impossibili*. Si de re necessaria est, ut *si aliquando moriar, si sol cras oriatur*, per se statim firmat contractum; quia certissima est et perinde est ac si dicas: si certum est, quod moriar, quod sol orietur, quae certissima sunt.

Excipitur, nisi intentio contrahentis fuerit exspectare eventum conditionis.

Si conditio sit de re futura contingenti, quae nempe in utramvis partem evenire potest, habetur presso sensu contractus *sub conditione*, quae definitur: *dispositionis suspensio ex incerto futuro eventu apposita*. Cf. Molina tr. 2. disp. 206. Haec suspendit proinde obligationem, sive differt illam in aliquem casum *Inst.* l. 3. tit. 16. §. 4.: interim tamen sic contrahens tenetur exspectare eventum nec potest, altero invito, revocare fidem datam; se enim iam vere alteri obligavit, si conditio impleretur: quamvis donec conditio impleatur, aut non, solum in spe obligatio et debitum ex hic conditionalibus dispositionibus oriantur. Hinc contractus sub conditione transit ad heredes sub eadem conditione *Inst.* l. c.; nisi tamen conditio talis fuerit, ut ipsa persona defuncti eam exsequi debuerit: *ut dabo tibi vineam, si me in cantu sis superaturus*. Laymann *de Pactis* c. 4. n. 4.

Conditione eveniente, contractus, absque ullo alio consensu, fit absolutus: non eveniente, vim omnem amittit.

3º Conditio futura contingens triplex distinguitur: *potestativa, casualis* et *mixta*. *Potestativa*, quae in sola est eius potestate, cui imponitur, ut si testator quempiam instituat heredem, si servum manumiserit: *casualis*, quae non pendet ab eius voluntate ut: si naves ex India venerint, lego centum aureos Petro: *mixta*, quae non tota pendet ab eius voluntate, ut si Agatam uxorem duxerit. Si conditio est de re contingente quidem, sed certe futura, ut *si Antichristus veniet*, aequiparatur, pro credente, conditioni necessario futurae; nam eadem est certitudo.

Conditio potestativa potest esse negativa, ut promitto tibi centum aureos, si capitolium non ascenderis: haec integre impleta dici nequit nisi interveniente morte eius, cui imposita est; potest is tamen rem interea recipere, si de hereditate aut legato agitur, praestita cautione (quae Muciana dicitur), se restituturum, si conditionem violaverit. Molina l. c. n. 15.

Conditio posita in arbitrio eius, qui promittit, nullum facit contractum: nullam enim reapse is suscipit obligationem l. 17. Dig. *De verborum oblig.*

Si conditio sit de re impossibili et haec ut talis cognoscatur ab eo, qui

sub ea se obligat, vitiat per se contractum, h. e. nullus est contractus *Inst.* l. 3. tit. 20. §. 20.; quia argumentum est ipsum ludere et carere consensu ad contrahendum: volens sane sub conditione impossibili, reapse non vult et nemo se potest ad impossibile obligare. Diximus *per se;* quia si iure positivo tales conditiones pro non adiectis habeantur, quod in testamentis et matrimonio frequenter usuvenit, contractus vel dispositio stabit nec deerit consensus; quisque enim praesumitur velle contrahere secundum leges. Sed de his suo loco.

Quod de conditione impossibili dicitur, valet et de ea, quae sit impossibilis secundum mores, h. e. quae sit contra bonos mores: nulla enim potest esse obligatio ad id, quod sine peccato fieri nequit.

Quod valet, antequam actio mala praestetur: an vero ea praestita, obligatio ulla sit necne, disputabitur postea.

Diximus: si conditio cognoscebatur impossibilis; nam si ex errore possibilis putabatur, potuit verus esse consensus seu vera intentio contrahendi et iudicandum erit ex adiunctis, an si scivisset conditionem esse impossibilem, voluisset necne, ea reiecta, contrahere absolute. Cf. Lug. disp. 22. n. 344.

Generatim cum quaestio, an conditionalis promissio, contractus, dispositio valeat, agitur in foro conscientiae, attendenda est potissimum intentio apponentis conditionem; quaecumque enim sit conditio, si animus disponentis fuit, ut non aliter dispositio valeat nisi sub illa conditione, hac deficiente, dispositio non stabit; quoniam a libera eius voluntate pendet talis dispositio. Atque si solum ius naturae spectetur, id semper verum est. Cf. Molina tr. 2. disp. 206. n. 7.

Nihilominus quia et leges aliquid identidem statuunt circa quasdam conditiones et eae in foro conscientiae attendendae erunt, sed cum dependentia ab intentione contrahentis, qui se legibus subiiciat, nolens contrahere contra leges: at si, non obstante quavis lege, nolit se obligare, nisi certa exsistente conditione, si haec non exsistat, nulla erit reapse voluntas se obligandi. Quod tamen non impediet, quominus alia ex causa obligetur.

4° A conditione *suspensiva* distinguitur *resolutiva.* Suspensiva sane est, cum nolumus obligari antequam exsistat conditio: resolutiva est, cum volumus obligari, quandiu aliquid fiat vel non fiat et conditione cessante nolumus amplius obligari. Haec, si agatur de contractu solubili, dummodo leges aequitatis serventur, non repugnat.

23. Praeterea contractus fieri potest *in diem* certum vel incertum, *sub modo, sub causa.* Cum in diem certum fit, obligatio quidem, secus ac in contractu conditionali, statim nascitur, quae et ad heredes transit: sed exigi res non potest ante eum diem; adiectio enim diei in favorem debitoris facta intelligitur.

Cum conventio initur in diem incertum, ut *cum naves ex India venerint,* censetur conventio conditionalis perinde ac si diceretur, *si venerint*: dummodo tamen incertum pariter sit quod dies ille sit exstiturus. Nam si certum est futurum aliquando diem, ut si dicas: *cum pater meus morietur,* obligatio statim oritur; adiectio enim diei non conducit nisi ad suspendendam exsecutionem: l. *Heres meus* Dig. *de Condit. et demonst.*

Si vero dies incertus apponatur solum in gratiam puta donatarii: *do mille aureos nepti, cum nupserit,* ne interea scilicet eos absumat: intelligitur donatio absolute facta et eius ius, si neptis praemoriatur, transit ad heredes. Cf. Lugo disp. 23. n. 142.

Sub modo contractus dicitur, si finis aliquis futurus intentus significetur: *dono tibi ut monumentum extruas.*

Porro modus non suspendit obligationem et res statim peti potest; quia iam donatio perfectionem suam substantialem obtinuit: qui vero accepit, gravamen subit illud praestandi nec si non praestet, eo ipso resolvitur donatio, nisi talis appareat fuisse intentio dantis, qui tunc censebitur potius sub conditione, quam sub modo dedisse. Sed certe compellendus erit donatarius praestare quod debet. Cf. Laymann l. c. nn. 2. 6.

Causa est id, propter quod tanquam praesens aut praeteritum, dispositio fit. Utrum contractus valeant, quibus error causam dedit, disputabimus paulo post. *

24. Gravis instituitur quaestio, an obligent in conscientia contractus, qui sine sollemnitatibus iure praescriptis fuerint celebrati.

Triplex est sententia, inquit s. Alphonsus lib. 3. n. 711. Prima sententia validos dicit (est secunda apud Ligorium); ratio, quia lex humana in hoc casu, etsi neget actionem civilem, non tollit tamen obligationem naturalem, ad quam solus consensus etiam sine sollemnitatibus sufficit.

Secunda sententia (est prima apud Ligorium), negat esse validos. Ratio, quia lex humana potuit tollere etiam obligationem naturalem, prouti de facto tollit, dum annullat matrimonium clandestinum.

Tertia dicit in his contractibus praeferendum esse possessorem, donec per sententiam iudicis condemnetur ad restituendum: « Hanc sententiam, inquit Ligorius, non solum puto probabiliorem, sed in praxi omnino tenendam, eo quod, cum possessio ius certum tribuat, nequit possessor re expoliari, nisi constet de iure alterius ». Ac dein nititur solvere difficultatem, quae oritur ex matrimonio celebrato sine praesentia parochi ac duorum testium.

Verum ratio petita ex principio de meliori conditione possidentis heic, inquit Lugo disp. 22. n. 251., *non videtur valde efficax* neque ista tam est tertia sententia, quam deductio in praxi utriusque sententiae pro lubito, quando sim in conditione possidentis. Sane, ut ait ibid. Lugo, « quae-

stio praesens non est, quid facere possit quilibet ex supposita probabilitate utriusque sententiae, sed quid dicendum sit de re ipsa secundum se et independenter ab omni opinione ». Quare, subdit Lugo, Sotus eo argumento *(possessionis)* non utitur; sed quia haec videtur esse intentio legislatoris, et ita videntur leges illae usu proborum hominum receptae, ut solum detur ius petendi in iudicio et obtinendi contra eiusmodi *testamenta* et *contractus*, non vero, quod ipse, qui possidet, debeat se spoliare, quod nimis rigidum esset ». Ergo lex possessionis heic tantummodo ad hoc valet, ut possessor possit retinere, donec per sententiam condemnetur: at qui hoc dicunt, non asserunt, vi legis nullum esse testamentum aut contractum (Lugo ibid.) ideoque primam tenent sententiam.

25. Porro, ut apparet ex allatis verbis Lugo, heic agitur cum de ceteris contractibus, tum maxime de testamentis, quibus debitae desint sollemnitates. At vero qui totam hanc controversiam attente inspexerit, facile animadvertet, ideo etiam implexam evasisse, quod eodem modo plures voluerint ratiocinari de utroque genere scilicet de testamentis et de aliis contractibus ac nimis forte facile ad generalem doctrinam deduxerint ea, quae de peculiari specie statuuntur. Ita v. gr. s. Alphonsus ex eo quod complexus est utramque simul quaestionem, Lessium collocat inter eos, qui negant hos contractus esse validos, Molina vero inter eos, qui validos illos affirmant: quae trascripsit etiam Gury §. 786 q. 2. Et tamen una eademque est tum Lessii tum Molina sententia. Nam Lessius lib. 2. cap. 19. dub. 3. n. 12. veriorem dixit ac propugnavit sententiam quae validitatem in foro conscientiae asserit testamentis, legali forma carentibus et e contrario verius et conformius iuri dixit (Ibid. n. 35.), invalidos esse contractus, quibus sollemnitas illa deest. Nec aliter Molina, postquam de testamentis decrevit, ea in foro conscientiae valida haberi posse, etsi sollemnitate careant tom. 1. disp. 81. nn. 16-23., dein ibid. n. 25. oppositum prorsus dicit de aliis contractibus.

Ceterum si quis vestigiis insistat Lugo sup. n. 23., et quaerat, non quidem quid in praxi agendum sit ex supposita probabilitate utriusque sententiae affirmantis et negantis validitatem eorum contractuum, sed de re ipsa ex principiis firmis diiudicare velit, aliquid profecto et rationabilius et magis sibi cohaerens statuere poterit ac facile etiam perspiciet, cur et unde profecta sit illa DD. dissensio.

26. Et quidem si, seposita causa testamentorum (quae magis implexa videri potest, praesertim quia quasdam leges civiles vel canonicas de causa quadam peculiari nimis facile forte quidam ad alias causas protenderunt), sed agamus de reliquis contractibus, forte paucis quaestio perstringi et absolvi potest.

Ratio eorum, qui validos affirmant, est 1° quia lex humana, si sollemni-

tates desint, negat quidem actionem civilem, non tamen tollit naturalem obligationem, quae consequitur consensum contrahentis. Addunt (vid. Salmantic. *de Contr.* cap. 1. n. 50.) 2° leges irritantes fundari in praesumptione doli; quae leges in conscientia non obligant, ubi dolus ac fallacia absit. 3° non posse humana lege variari id, quod est de lege naturae; est autem de lege naturae, ut transferatur dominium, iuxta voluntatem nostram. Ratio autem negantium est ex s. Alphonso, quia cum hae leges irritantes fundentur in praesumptione non solum doli, *sed etiam periculi*, idcirco *possunt* tollere omnino naturalem obligationem contractus irriti.

Verum heic s. Alphonsus non omnino exacte horum rationes proponit. Hi enim non solum dicunt, legem humanam *posse* tollere naturalem obligationem, sed reipsa *id factum esse;* quia id ad bonum commune expediebat.

27. Et huc demum quaestio necessario deduci debet. Nam vix est cur immoremur in aliis rationibus perpendendis, v. gr. cum dicunt has leges fundari solum in doli praesumptione. Atqui luce meridiana clarius est tum ex rei natura tum ex verbis iuris fundari maxime in praesumptione PERICULI.

Quod vero aliqui dixerunt, non posse humana lege variari quod est de lege naturae, obligationem scilicet, quae adnectitur consensui humano, reipsa vix tolerandum videbitur, si meminerimus legis concilii Tridentini, sect. 24. cap. I.: « Qui aliter, quam praesente parocho vel alio sacerdote de ipsius parochi seu Ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt; eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat ». Ergo abs re est disputare, an lex humana possit tollere obligationem seu validitatem contractus naturalem. Cf. dicta in tr. de legibus n. 130. Cum vero addunt, dominium transferri voluntate humana, nunquid obliti sunt eorum, quae et ipsi docent de praescriptione iure civili inducta?

28. Cum quidam DD. uterentur lege illa Trid. ad evincendum, leges humanas irritantes pertingere etiam ad forum conscientiae, s. Alphonsus l. c. respondet, hunc contractum differre ab aliis, quia Deus singularem potestatem dedit Ecclesiae solvendi tunc sponsos ab obligatione naturali (minus exacte hoc dicitur; quia Ecclesia non solvit ab obligatione, sed nullam dicit exortam fuisse, quia est actus nullus et invalidus) et licet non possit irritare matrimonium legitimo consensu contractum (hoc tolleret potestatem dissolvendi matrimonium mere ratum, aut etiam consummatum infidelium), posse tamen praescribere et declarare illegitimum consensum, quem sponsi apponunt contra Ecclesiae legem latam ad bonum Ecclesiae commune.

Ast haec nihil dicunt, nisi Ecclesiam decrevisse irritos hos contractus, quia hac potestate pollebat et hoc est, quod alii contendunt, hanc inesse potestatem auctoritati humanae sive civili sive ecclesiasticae. Cum vero non unica haec ecclesiastica lex sit, quae contractus irritat, ut patet ex materia v. gr. de beneficiis; hinc non potest exhiberi potestas circa matrimonium ceu singularis quoad hoc caput. Nec sane s. Alphonsus ad hunc dumtaxat casum coarctare potuit aut voluisse putandus est eam coarctare Ecclesiae potestatem.

29. Superest animadversio: legem humanam irritantem negare tantummodo actionem civilem, non vero tollere obligationem naturalem ortam ex sua natura ex consensu; prouti, inquiunt, fit in pactis simplicibus seu nudis, quae naturalem inducunt obligationem, sed vim non habent ex iure civili.

Ad quae reponi debet, falso omnino comparari contractus, quos lex irritat, cum pactis nudis, aut irritationem cum negata actione. Pacta simplicia seu nuda leges nunquam prohibuerunt, neque unquam nulla aut irrita decreverunt; sed actionem negandam alia de causa statuerunt, quemadmodum negant actionem ob quasdam iniurias, v. gr. quod quis mendacio iocoso illuserit et illudendum alium curaverit. Praeterea aliud est praescribere formam *probationis*, aliud formam *substantialem* actus. Ceterum doctrina illa in se spectata non est nisi ipsa thesis aliis verbis enunciata, non vero ullum ibi adest argumentum.

30. Qui vero nullos dicunt hosce contractus (omissa quaestione de ultimis voluntatibus) etiam quoad forum conscientiae, 1° quidem praestituunt, hanc potestatem inesse auctoritati, quae sive rempublicam sive Ecclesiam regit.

2° Non solum affirmant, posse hosce contractus irritos declarari, sed contendunt, id reipsa factum fuisse per illas leges (romanas scilicet: quoad alias, videndum erit, an idem sonent) idque probant eo argumenti genere, cui nemo adhuc respondit: nempe quia, inquit Lugo disp. 22. n. 252.: « Verba legis id videntur sonare, neque aliis fere verbis utitur Tridentinum sess. 24. c. 1. quando matrimonia clandestina irritat nec possunt adhiberi verba magis apta ad id significandum, quam declarare antecedenter contractum nullum et irritum. Quoties ergo eiusmodi verba inveniuntur, si aliunde non constat, mentem legis esse de sola irritatione in foro externo, non est ad illam solam limitanda, sed de perfecta et vera irritatione et nullitate intelligi debet, cum Respublica habeat sibi subditas et personas et bona subditorum, ut possit, propter commune bonum, eorum dominium impedire et transferre, prout expediens visum fuerit ».

31. Et quidem quod superius adnotavimus, expedire ad bonum com-

mune, ut lex invalidet quoad utrumque forum hos contractus, Lugo disp. 22. n. 252. confirmat hac etiam ratione, quod secus lex potiusquam esset utilis, foveret iniquitatem inique usurpantium. « Posita solum irritatione contractus in foro externo, parum utilis censeretur lex, cum solum deserviret ad fovendam iniquitatem eius, qui conscius de valore et obligatione contractus, adhuc intentaret spoliare iustum possessorem, auferendo propter defectum sollemnitatis id, quod ab ipso in foro conscientiae auferri non posset. Et quidem durum esset cogere iudices ad fovendum huic iniustae petitioni, quando ipsis constat, contractum coram Deo valuisse et non posse sine peccato adversarium petere, quod petit. Quare ad bonum commune praesertim spirituale magis expedit, quod contractus vel non annulletur, vel certe annulletur pro utroque foro, ut subditorum conscientiis consulatur ».

32. Hoc locum habet praesertim quod Testamenta. Nam finge aliquem institutum heredem ex testamento, quod tamen careat iis solemnitatibus, atque hunc, cui in ista hypothesi favet ius naturae, hereditatis possessionem inivisse.

Fac ex. gr. post aliquod tempus mortem resciat testatoris quispiam sanguine coniunctus, qui heres foret ab intestato sed non necessarius atque adeo litem indicat, ut sibi hereditas restituatur, licet ex horum DD. sententia sciat, se agere inique ac furtum perpetrare. Nonne iudices in hac pro illo sententia scienter cooperarentur furto, dum noscunt, hereditatem ex iure naturae spectare ad *institutum* heredem et tamen decernunt, ipsam addicendam esse furi? Possetne haec lex tolerari ceu honesta ac iusta?

33. Lessius, qui quoad testamenta hanc labilem sententiam admisit, huius difficultatis vim persensit et respondit lib. 2. c. 19. n. 28.: « non adiudicari heredibus hereditatem illam, tanquam absolute ad eos pertineat, sed non concedi actionem iis, qui nituntur tali testamento, quia repelluntur tanquam destituti probatione, quam leges requirunt. Quod si contingat, hos esse possessores, datur quidem heredibus repetitio, quia putantur bona fide agere nec scire aliam esse defuncti voluntatem; non tamen intendit iudex decernere, absolute rem esse illorum, sed esse illorum, quantum apparet ex probationibus, quae iure admittuntur, interim relinquens eos suae conscientiae. Quod vero hi occasionem accipiant petendi quod alienum est, ipsorum malitiae imputandum, non legum dispositioni, quae iustis causis nititur ». Et addit: « Simile cernitur in pactis nudis, in quibus etsi aliquid debitum sit in conscientia, ius tamen non concedit actionem ».

At facile apparet, non solida haec esse. Nam quod dicitur de *bona fide* heredum, est contra hypothesim et fingit statum quaestionis non secus

ac fingat tertia sententia, de qua supra n. 28. Hinc et reliqua omnia corruunt.

Quod vero additur de similitudine cum nudis pactis, prorsus falsum est. Nam aliud est non concedere actionem, aliud est damnare, negare ius imo admittere et fovere adversae partis actionem. Quoad nuda pacta, lex agnoscit in illis eo ipso naturalem obligationem, quod etsi neget actionem, admittit ea tamen ad effectus haud sane contemnendos; nam inde nata obligatio naturalis ex iure impedit condictionem soluti, admittit pignora, admittit fideiussorem, admittit compensationem et ius exceptionis. Neque obest, si repeti iubet, quae absque voluntate alterius partis possidentis sumpta sint. Nam et hoc iubet non modo de deposito, pignore, commodato, sed et de re sua, quam quisque propria auctoritate sibi assumat.

34. Nunc itaque quid demum ad rationem petitam ex verbis iuris, quae plane irritationem sonant, respondendum? Nam aut negare debent, iuri humano potestatem inesse irritandi eiusmodi contractus, quibus desit forma ab ipso iure praescripta ac negare iuri humano generatim potestatem praescribendi formam substantialem contrahendi ita, ut nulli censeantur contractus sine ea forma celebrati: aut negare certe, ius humanum voluisse unquam praescribere formam contractuum substantialem sub poena nullitatis, aut ligare conscientiam has leges posse.

At enim quid de iure humano sentiendum sit hac in re, ab iis ipsis licet discamus, qui nunc in hac quaestione eam potestatem aut negant, aut negant voluisse naturalem obligationem intercipere. Quomodo enim quaeso ipsi quaestiones omnes solvunt, ubi sermo est de contractibus pupillorum aut minorennium? S. Alphonsus lib. 3. n. 918. scribit: « Certum est quod minor aut pupillus non possunt se obligare circa bona immobilia sine iudicis auctoritate; *quia ius omnino irritat* ipsorum conventiones ».

Quaerens mox, an circa bona mobilia contrahens minor aut pupillus maneat sin minus civiliter, saltem naturaliter obligatus, respondet: « Certum est, quod si pupillus aut minor contrahant cum tutore aut curatore, *minime obligantur* ».

Rursus lib. 3. n. 890. quaerens, an qui perdit in ludo vetito teneatur in conscientia solvere, s. Alphonsus tenet, non teneri ad solvendum, quia lex civilis l. *Alearum* 3. C. *de Aleatoribus et Alearum usu* omnem obligationem solvendi adhuc naturalem *sustulisse videatur*, dum in ea sancitur, ut victus non cogatur solvere ». Et subdit: « Lex, dando ius victo ad se defendendum vel ad repetitionem soluti, *dat etiam ius absolutum ad non solvendum*. Ad quid enim is tenetur solvere, si potest solutum statim repetere? »

35. Porro qui negant valere in conscientia leges irritantes contractus et

testamenta carentia debitis sollemnitatibus, concedunt vim irritationis in foro interno legibus de pupillis, minoribus, aleatoribus; quae tamen minus clarae sunt, quam priores. Sane inspiciantur formulae harum legum, quibus tolli obligationem naturalem consentiunt imo contendunt hi DD. In l. *Alearum* C. *de Aleatoribus* dicitur: « Commodis igitur subiectorum prospicientes, hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in publicis vel privatis domibus vel locis ludere neque in genere neque in specie (in fine tamen quinque lusus excipiuntur, taxata pecunia, quae spondeatur); at si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio (scilicet victi in ludo ad solvendum, quod spopondit) sed solutum reddatur et competentibus actionibus repetatur ab his qui dederint vel eorum heredibus, aut his negligentibus, a patre aut defensoribus illius civitatis: vel recipiat fiscus, non obstante quinquaginta annorum praescriptione ». In qua lege nulla reipsa expresse forma irritans est et addi posset, restitutionem, quae praecipitur, haberi etiam, quando simplici pacto intercedente altera pars absque alterius voluntate acceperit (vid. Less. lib. 2. cap. 19. n. 28.): cum tamen fateamur omnes, in hoc casu obligationem naturalem vigere.

36. Dicunt certum esse, non obligari naturaliter minores, si contrahant cum curatore et allegatur l. *Non licet* Dig. *de Contrahenda Emptione.* At cuiusmodi ista lex est? Ita nempe: « Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam; alioquin *non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur* secundum constitutiones Severi et Antonini ». Ubi non habetur nisi prohibitio et poena.

In eamdem rem allegatur l. *Pupillus* Dig. *de Auctoritate et consensu tutorum.* En autem legis Summa: « Pupillus obligari tutori eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est, altero auctore, pupillum posse ei obligari, sive ei mutuam pecuniam det sive stipuletur. Sed et cum solus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur: *non erit obligatus tutori;* naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam Divus Pius rescripsit». §. 1. « Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate, *non obligatur*: sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est...» §. 1. « Si filius tutori, vel quae alia persona iuri eius subiecta emerit, idem erit, atque si ipse emisset». Ubi nihil habes, nisi *non obligari*, aut *obligari non posse.*

37. Demum ad evincendum, pupillos ac minores non posse se obligare circa bona immobilia sine iudicis auctoritate, affert s. Alphonsus l. *Lex quae* C. *de Administratione tutorum*: in qua reipsa sermo non est de contractibus, qui forte ineantur a pupillis aut minoribus, sed indicitur

tutoribus, ne res pupillares alienent. In ea tamen lege videmus additam hanc formulam: « Iam ergo venditio tutoris *nulla sit* sine interpositione decreti ».

Ad evincendum autem, ius irritare contractus pupillorum ac minorennium, adducit l. *Si ad resolvendam* C. *de Praediis et aliis rebus minor.* quae est eiusmodi: « Si ad resolvendam donationem, quam in emancipatum te pater contulerat, minor vigintiquinque annis cautionem ei emisisti: cum huiusmodi scriptura contra Senatusconsulti auctoritatem data sit, *non oberit iuri tuo* ». Ubi nulla est forma irritans, nisi illud *non oberit iuri tuo* et prohibitio Senatus.

Et apparet idem in l. *Praedia* C. eod. tit.: « Praedia rustica, quae contra Senatusconsultum data esse ante nuptias, sponsalium nomine, precum tuarum confessio ostendit: cum proprietas ad te propter *iuris interdictum transire non potuerit,* in dominio mariti permansisse palam est ».

38. Nunc vero conferantur, quae in Legibus habemus de testamentis, quae sollemnitate careant. L. *Hac consultissima* in fin. principii C. *de Testamentis:* « Non subscriptum autem a testibus ac non signatum testamentum *pro infecto haberi* convenit ».

Et ibid. §. 1.: « Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos (a parentibus utriusque sexus) habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam dumtaxat permixtam personam *pro nulla haberi,* sed liberis adcrescere ».

39. His porro similia afferri possent alia plura; sed necesse non est et concludi ex his debet, aut frustra alias nos confugere ad vim legum, ut concludamus de obligatione, quae afficiat conscientiam, ubi sermo est de irritatione actuum pupillorum ac minorum, aut certe fatendum esse, vi legum contractus et testamenta, quae lex irritat, ita irritari, ut quaevis in conscientia quoque obligatio cesset.

40. Obiiciunt illud Alexandri III. ad Episcopum Ostiensem in c. *Cum esses, de Testamentis:* « Cum esses in nostra praesentia constitutus, proposuisti talem in tuo Episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta quae fiunt in ultima voluntate, penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et Sanctorum Patrum institutis et a generali Ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum, cum scriptum sit: *in ore duorum vel trium testium stet omne verbum:* praescriptam consuetudinem improbamus et testamenta, quae parochiani coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere: sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta ».

41. Alii (apud Lugo disp. 22. n. 253. respondent, potuisse Papam pro Episcopatu Ostiensi, cuius est Dominus temporalis, annullare illas leges civiles et in reddenda ratione potuisse errare ut privatum Doctorem. Alii, omissa hac irreverentia non necessaria, respondent, Papam non definire, quod exigentia sollemnitatis alicuius sit contra praeceptum divinum, sed ea lex quod plus exigat, quam lex divina et in hoc sensu dicatur a divino praecepto aliena; licet interdum exigere plus quam exegerit lex divina, certe non sit contra Dei praeceptum. Et reipsa nec praesentia parochi heic a divina lege requiritur, sicut nec requiritur, ad matrimonii validitatem et tamen utrumque statuit Ecclesia.

Porro hac responsione Vasquez et Lugo videntur concedere eam legem habendam esse uti latam *pro suo territorio* a Pontifice. Alii tamen volunt, eam valere pro tota Ecclesia et reipsa correctas ita fuisse leges civiles, ut ubique haec constitutio valere debeat tam pro foro conscientiae quam pro foro externo. Alii volunt, id valere in foro externo solum pro statu Ecclesiastico, in aliis vero valere in testamentis seu legatis ad pias causas (a). Alii alia dicunt ut videre est apud Fagn. ad h. l. in lib. 3. p. 1. pag. 329., qui octo sententias seu explicationes recenset.

42. Sed nisi totus fallor, brevior et facilior responsio haec esse potest, eiusmodi obiectionem ad rem non facere. Ex Alexandri enim constitutione non sequitur, valida esse testamenta, quae careant *sollemnitatibus legitimis*, sed has potius, quam illas habendas esse ut legitimas sollemnitates; non secus ac si iurisconsulti litigarent, an testes debeant hunc numerum aut hanc aetatem excedere. Et reipsa si unus tantum testis adesset, si abesset parochus, etsi is lege naturali non requiratur, etiam ex Ale-

---

(a) Haec interpretatio, quod Pontifex de testamentis seu legatis loquatur aut *pro sua ditione* (in tuo Episcopatu) aut *ad causas pias*, probabilis videri potest. Etsi enim haec altera limitatio in decretali hac expresse non appareat, apparet tamen in simili decretali sequente: *Relatum est* et aliquam limitationem exigit ipsa natura actus. Nam supponendum est Pontificem de iis disponere, quae suae subiiciuntur potestati: atqui eius potestati subiecta sunt non testamenta quaelibet, sed vel *pro sua ditione* vel *in causis piis;* de his ergo decernit, quid fieri sufficiat, ut valeant.

Aliis tamen doctis viris, quos consului, haec videntur *effugia*, ut dici solet, *in causa desperata*. Advertunt autem, quod ea aetate Ecclesia, praeter iurisdictionem ecclesiasticam, fruebatur quoque, ex consuetudine, iurisdictione civili eaque satis ampla, quatenus pluribus in casibus integrum erat singulis, pro causis civilibus, adire vel tribunal laicum vel ecclesiasticum. Iam vero pro causis testamentorum etiam civilibus, quae in tribunalibus ecclesiasticis agerentur, statuit Pontifex ea, quae in cit. constit. continentur, quae praeterea in quolibet tribunali valent, cum agitur de causis piis, ut constat ex seq. constit. Monent praeterea eruditi, morem inductum ab Alexandro III. fere ubique paulatim usu receptum fuisse: deinceps vero recentioribus seculis, mutatis moribus civilium societatum, illam consuetudinem apud civilia tribunalia destitisse nec Ecclesiam amplius in causis saltem profanis illam postulasse. Cf. dicenda *de Testamentis*, n. 689. E.

xandri illa Decretali testamentum non teneret: ergo contra nostram thesim, quae generatim loquitur de sollemnitatibus iure requisitis, haec obiectio nullius roboris est.

43. Obiic. 2° ubi non sit fraus, sed vera sit voluntas testatoris, huic standum esse, nec obstare leges, quae latae sunt in praesumptione fraudis.

Resp. Lugo l. c. n. 253.: « eas leges non fundari in praesumptione fraudis, qua nempe semper praesumatur fraus, sed *in periculo* fraudis vel inconsiderationis, quod semper adest antecedenter et non potest universaliter praecaveri, nisi absolute irritando in universum contractum; quia minus malum est, quod contractus non valeat, etiam quando fraus non intervenit, quam quod eius valor maneat dubius (prout saepe maneret) propter periculum et dubium, an fuerit fraus aut consideratio et deliberatio sufficiens, sicut matrimonium clandestinum sine parocho semper est irritum, etiamsi in aliquo casu peculiari possit cessare omne periculum, quando absente parocho adsunt multi alii testes, qui possunt de matrimonio testificari » (et praeterea v. g. celebratum est coram iudice civili aut praetore).

44. Aliae obiectiones proficiscuntur ex iis legibus, quae vim ultimae voluntati tribuere videntur, etiamsi non adsint sollemnitates etc.

At optime reponit Lugo l. c. n. 258. 1° Hae leges non universim, sed de casu aliquo peculiari agunt. Et scitum est, exceptionem firmare regulam in contrarium. 2° Obligatio, quam leges istae statuunt, non modo in foro interno valet, sed etiam in foro externo, de quo expresse loquuntur. Ergo fateri deberent adversarii, sollemnitates nedum ex iure canonico c. *Cum esses,* sed neque ex iure civili amplius requiri, si valet obiectio petita ex iis particularibus legibus: illud tamen neque ipsi admittunt.

Uno verbo omnes istae obiectiones nullo modo attingunt quaestionem, an valeant contractus, quando illis resistunt iura, sed versantur in quaestione, an iura his aut illis contractibus resistant et haec quaestio non est ad rem. Conf. Lugo. disp. 22. n. 255... 277.

Ceterum cum obiici soleant incommoda, quae ex hac doctrina consequi videntur, sapienter Lugo l. c. n. 279. alias vias indicat quibus et incommodis occurri et lex ipsa defendi queat. Quae quidem Lugo advertit occasione limitationum, quas Molina disp. 81. §. *Sunt vero* thesi addiderat ita, ut ipsae thesim destruerent. Et inter istas vias Lugo recenset etiam, quod ad vitanda incommoda contrahens posset se conformare sententiae *probabili* contrariae, dicenti, non irritos semper in foro interno esse huiusmodi contractus.

Nam 1° Omissio sollemnitatis levis non reddit invalidum contractum, quia ea in re admittitur parvitas materiae.

2° Leges ob defectum sollemnitatis non semper reddunt irritum con-

tractum, sed irritabilem arbitrio contrahentis, ut in contractibus metu vel dolo incidente initis.

3° Inspiciendum est, an licet contractus irritus fuerit, possit tamen ratihabitione contrahentis nunc sustineri quoad effectum, ita ut contrahens conscius nullitatis praeteritae adhuc dissimulet: tunc enim, si ille nunc consensum validum praestare potest, eo ipso quod nihil petit, censeri potest, quod ratum habeat et ille alius tutus esse poterit in conscientia.

4° Inspici potest, an circumstantiae particulares tales sint, ut per epikeiam, quando locum ea habere potest, interpretari possimus, noluisse legislatorem hunc casum comprehendere.

5° Quando verba legis explicari aliter non possunt et aequitas exigere videtur, ut in hoc casu rigor legis temperetur, patet recursus ad Principem supremum, qui potest pro circumstantiis id facere, prout frequenter facit Summus Pontifex: cum enim lex generalis non possit omnia inconvenientia evitare, reservatur recursus ad legislatorem, qui supplere possit(a).

(a) Ita cl. Auctor et ut puto, egregie: at liceat nobis illud addere, quod forte valeat utramque componere sententiam. Non audiendi sunt profecto illi, qui negant irritationem huiusmodi legum vim suam exerere in foro conscientiae; eo quod tanta non sit potestas civilium legislatorum. Irritare enim actum non est efficere ut actus non sit, sed ut non valeat in societate, effectu careat: id autem non excedit potestatem humanam et plerumque necessarium est, ut potestas socialis consulat efficaciter bono communi. Porro leges civiles et in foro conscientiae valent nec est cur excipias legès irritantes, cum bonum societatis exigat ipsas non secus ac alias, in conscientia valere, ut probavit A. heic nn. 30. seqq. Tandem ipsi adversarii hoc implicite fatentur, dum aiunt, accedente sententia iudicis declarante contractum vel testamentum nullum, talia habenda esse quoque in foro conscientiae. Quod enim potest sententia iudicis, cur non poterit ipsa lex? an est efficacior voluntas iudicis, quam voluntas legislatoris, a qua illa pendet? Quaestio ergo esse nequit nisi de facto, nimirum utrum voluntate legislatoris talis sit irritatio, qua lex contractus informes et informia testamenta percellit, ut vi legis nulli sint ii actus in foro conscientiae.

Haec quaestio occasione modernarum legum, quae romanae legislationi successerunt, inter Teologos agitatur, ut idcirco satis non sit, quod facit B., textus iuris romani consulere, sed opus sit vim modernarum legum perpendere, cum de causis agitur, quae ad forum Ecclesiae non spectant. Heic rursus non sunt audiendi illi, qui monent Gubernia nostrae aetatis, cum Atheismum practicum profiteantur, de conscientia non esse sollicita; nam 1. quod lex civilis conscientiam attingat, non pendet ex opinione privata legislatoris (*De legib.* nn. 109-111.): 2. cum quaeritur an legislator velit irritatione sua conscientiam ligare, reapse quaeritur an velit nullam esse obligationem, quae ex actu oriretur, ita ut perinde prorsus sit ac si actus non exstitisset: haec autem voluntas in legislatore esse et concipi potest, praecisione facta a qualibet sua opinione religiosa. Praeterea illud certe praesumendum est, legislatorem velle sua lege consulere tranquillitati civium et nolle favere iniquitati: si ergo irritantes leges id non assequantur, nisi etiam in conscientia valeant (cf. n. 31.), hoc intendisse saltem implicite legislatorem praesumendum erit.

His ergo sepositis distinguimus 1° inter leges irritantes quae irritent actum propter commune bonum immediate, et eas quae irritent actum immediate propter bonum privatorum. Quidquid de illis prioribus dicatur: quoad haec alia, quae ad nostram quaestionem spectant, certum videtur nobis, quod irritatio, quae et conscientiam afficiat, hanc habet imbibitam conditionem: si nempe is, cuius interest, hoc beneficio

45.* Quaestio alia generalis ad omnes fere contractus pertinens, ea est, ait Vinnius Inst. l. 3. tit. 15. ad §. 2.: si res alienae vel aliis debitae pe-

---

uti velit. *Leges* enim *vigilantibus scriptae sunt,* ut iam advertimus loquentes de Praescript. in nota ad n. 272.; quod principium romani iuris non est cur negetur valere in modernis quoque iuribus. Quocirca quemadmodum dicitur lex praescriptionis transferre ipso facto ius a priore domino in eum, qui legitime praescripsit et nihilominus implicite conditio subest huic translationi, si praescribens sciat et velit uti beneficio legis: ita dicere licet, legem statuere testamentum informe esse nullum, quod statutum cedit in favorem eorum, qui intestato succederent, statuere autem sub hac conditione si hi beneficio leges uti velint. Quod si velint, iam vi ipsius legis, ante etiam sententiam iudicis, testamentum esse nullum: si nolint, relinqui a lege testamento suam vim naturalem atque ita evitari inconveniens, cuius meminit B. n. 31.

Hic sane videtur nobis sensus legislationis austriacae. Etsi enim ea quoque sollemnitates pro valore testamenti requirat, tamen, ut refert cl. Delama in tr. *de Iustitia et Iure* n. 95. « iuxta Instr. gener. 15. Oct. 1792. prohibentur iudices, ne *ex officio* ultimas voluntates, ob sollemnitates omissas, reprobent, nisi pars, cuius interest, ad harum defectum provocet. Proinde (prosequitur idem) haec est tribunalium praxis, ut antequam heres testamentarius in possessionem hereditatis immittatur, heredes legitimi interrogentur, utrum testamentum, de quo agitur, uti legitimum agnoscant: quod si affirmaverint, ulteriori examine praetermisso, testamentum, utut informe, exsecutioni mandatur ».

Itaque quamvis dicamus legem irritantem exerere vim in conscientia, heres tamen per testamentum informe ab ea non cogetur dimittere hereditatem, nisi is cuius interest, petat et quia generatim cum petitio haec fit, interponitur sententia iudicis, hinc res practice eo redit ut huiusmodi heres tunc hereditatem dimittere teneatur, cum sententia iudicis id praecipit: quod quidem inter omnes convenit.

Nihilominus quaestione ita spectata, discrimen est quoddam inter hanc solutionem et tertiam illam sententiam, quae probatur s. Alphonso. Nam in nostra sententia satis per se est ut is, cuius interest, petat etiam extra iudicium, ad hoc ut alter, qui certo scit testamentum esse informe, reddere teneatur hereditatem vel ab eius aditione desistire: id vero non est satis in sententia s. Alphonsi. In praxi tamen hoc discrimen parum refert. Nam nulla aditur hereditas absque interventu publicae auctoritatis: qui ergo eam sibi petet, apud iudicem vel praetorem petet et sic eius sententiam postulabit. Utique in nostra sententia, heres vocatus, qui scit certo testamentum esse nullum, abstinere debet a litibus, quibus molestiam et damnum iuste petenti crearet; iniuste enim litigaret. Item si quis quid habet ad hereditatem spectans, quod acceperit modo a iure improbato, retinere potest nisi is, cuius interest petat: sed oportet ut hic petere possit ideoque sciat rem exsistere petendam.

Verum tandem, quemadmodum ut irritatio testamenti vim suam exerat, necesse est, ut is, cuius interest, hereditatem petat, ita non immerito statui insuper a lege potuit, ut ipse *in iudicio* petat et sic per sententiam iudicis res definiatur. Huiusmodi autem exsistente lege, qui hereditatem ex informi testamento possidet, licite eam obtinet ante sententiam iudicis, dummodo fraude aut dolo hanc non impediat.

Porro si recentiorum iurium interpretibus credimus, hic videtur esse reapse sensus modernarum legum, ut nullitas actuum a lege decreta tunc solum adesse censeatur, cum postulata sententia iudicis eam declaravit, ut generatim illud nimirum valeat, quod vidimus de lege austriaca. Cf. Lehmkuhl V. 1. n. 1147.

Nota: diximus ab initio leges civiles irritantes in foro quoque conscientiae valere. Id confirmare licet quadam responsione s. Poenitentiariae 21. Ian. 1873, Quaesitum est, « an simplex conditio adiecta in chirographo de restitutione (pecuniae) non aliter facienda, quam in sonante pecunia, vim suam amittat, etiam in foro conscientiae, per subsequentem legem civilem illam irritantem? ». Resp. « Regulariter affirmative, nisi peculiares obstent circumstantiae, super quibus recurrendum erit in casibus particularibus, iisdem diligenter expositis ». Cf. Acta s. Sedis V. 7. p. 209. E.

reant aut deteriores fiant, ad cuius damnum id pertineat. Inter omnes convenit, aliud statuendum esse, si illud dolo malo, si casu fortuito, si culpa debitoris acciderit.

Itaque si *dolo malo* res periit aut deterior evasit, regula certa est: in omni contractu dolus malus praestatur. Dolus porro est occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita. Ratio regulae evidens est.

E contrario *casus fortuitus* a nemine praestatur. Casus fortuitus definitur; omne, quod humano captu praevideri non potest, aut cui praeviso resisti non potest: quapropter casus et *vis maior* dicitur. Ratio regulae est, quia de eo teneri non possumus, quod non est in nostra potestate. Conventio tamen fieri inter contrahentes potest, ut etiam casus fortuitus praestetur: dummodo haec praestatio emolumento idoneo compensetur.

Culpa media est inter dolum et casum et est factum alteri per iniuriam nocens, absque dolo: ea et negligentia dicitur. Ea triplex est in iure, lata, levis, levissima: de quibus iam superius dictum. Cum ex natura contractus et obligationis susceptae pendeat, qualis culpa praestetur: idcirco haec quaestio in singulis tractationibus definienda erit.

46. Regula tandem quaedam generalis est: contractus censeri fieri iuxta leges et consuetudinem loci, in quo fiunt, nisi aliud exprimatur; quia regulariter contractus, ut valeat, debet fieri iuxta leges loci, in quo celebratur. 1. *Quod si nolit* § 20. Dig. *de Aedilitio edicto*. Molina disp. 260.

Possunt etiam privata auctoritate addi pacta seu conditiones, dummodo lex non obsistat l. *Excepto* et l. *Circa* C. *de Locato* etc.*

Unde resolvuntur sequentes Casus.

II. 1. Si alteri promisisti aut donasti interius tantum, aut si externo signo quidem, alter autem non acceptavit: non fuit contractus, nec obligaris.

47. Acceptatio alterius facit, ut contractus fiat, si agatur de contractu μονοπλεύρου. An sit tunc necessaria, dicemus in dub. seq. At illud non satis est, si agatur de contractu oneroso et utrinque obligante. Hinc DD. docent, quod si quis promittat v. gr. mulieri futurum matrimonium et illa acceptet promissionem, teneri quidem promittentem vi promissionis suae ad implendum: at hunc esse contractum promissionis, non autem contractum sponsalium; sponsalia enim sunt contractus onerosus: postulant ergo promissionem mutuam. In praxi tamen acceptatio talis promissionis *fere* aequivalet mutuae promissioni. Cum enim acceptare serio non possit quis alterius promissionem de matrimonio contrahendo, nisi velit matrimonium contrahere nec impleri possit illa promissio, nisi de facto celebretur matrimonium: qui acceptat, consentire se in matrimonium ostendit.

48. Ad eamdem resolutionem I. adverte, quando agitur de contractibus onerosis, contractum non perfici, donec utriusque acceptatio utrique etiam nota fiat, atque ideo posse ante resilire. V. gr. offers equum tuum Petro pro 10. aureis, acceptat Petrus et promittit 10. aureos: contractus venditionis non perficitur cum Petrus acceptat et promittit pretium, sed quando acceptatio ipsius tibi manifestatur. Ratio est, quia in onerosis contractibus requiritur acceptatio utriusque contrahentis et sicut voluntas obligandi me nondum tibi manifestata non me obligat, ita voluntas tua acceptandi meam obligationem et te vicissim obligandi nondum mihi manifestata non obligat nec te nec me. Tunc ergo perficitur contractus, quando utrique nota fit obligatio et acceptatio alterius. Lugo disp. 22. n. 26. 27.

48.[bis] Quando tamen contractus fit per procuratorem habentem mandatum plenum, contractus perficitur antequam contrahenti significetur; eo ipso enim, quod hic voluit contrahere per procuratorem, satis est, quod procuratori significetur consensus et acceptatio alterius contrahentis: uti patet in matrimonio per procuratorem celebrato, quod sane perfectum est, antequam veniat ad notitiam coniugis celebratum fuisse. Perinde enim est tunc procuratori significari consensum, ac si significaretur contrahenti, cuius gerit personam.

49. Haec tamen doctrina de acceptatione necessario manifestanda offerenti, aliquas patitur exceptiones.

Nam v. gr. si offers Petro absenti 10. aureos pro equo et simul mittis 10. aureos, ut si contractus ei placet, pretium accipiat et mittat equum: profecto si Petrus acceptat et equum mittit, contractus videtur perfectus et irrevocabilis, adeo ut Petrus de pecunia disponere ex tunc possit, tanquam sua.

Item si scias, Petrum indigere pecunia et litteras ad eum mittas, quibus ostensis possit recipere a correspondente tuo 100. aureos mutuos, post annum reddendos: certe acceptis litteris, contractus mutui erit perfectus, si acceptans, pecunias accipiat, antequam tu rescias acceptationem et poterit de pecunia disponere pro lubito suo.

50. Et haec ex communi omnium sensu vera sunt. Ratio, cur necessaria non sit notitia ex Lugo ea est, quod in his casibus videris constituere Petrum quasi procuratorem tuum, ut veluti nomine tuo acceptet et ratum habeat; non secus ac nempe si Petro, epistola missa, curam des emendi triticum: Petrus autem vendat triticum suum tibi. Petrus enim duplicem gerit personam, venditoris nomine suo et emptoris nomine tuo atque adeo contractus habetur perfectus, antequam ad notitiam tuam res gesta perveniat. Idem dicito de casibus praeced. Lugo disp. 22. n. 33. 34.

Crediderim tamen, haud opus esse, ut fingatur munus illud procura-

toris ac posse rem alia ratione sic explicari. In potestate cuiusque est, ut conditiones, quibus obligatum se vult, hasce vel illas aut exigat aut non exigat, utcumque demum apponi vel non apponi hae conditiones soleant. Cum itaque posset exigere, quod communiter fieri solet, ut obligatus non habeatur, nisi resciat alterius acceptationem, potest tamen cedere huic iuri, prouti fit, quando scribendum est chirographum; pendet enim a contrahentibus, ut se obligatos habere velint vel non velint ante exaratam scripturam.

51. Item necessaria non est notitia acceptationis ad obligationem contrahendam in quibusdam seu contractibus sive quasi-contractibus.

Ita 1°. Si mandatum absenti Paulo mittis ad aliquam causam vel ad litem quampiam agendam; nam Paulus eo ipso quod mandatum acceptat, antequam tu id scias, obligatur ratione sucepti officii.

2° Item si quis absentis amici, nescientis, negotium gerendum suscipit; ratione enim huius gestionis tu obligaris amico etiam ignoranti, negotium suum a te geri.

3° Huc revocari potest casus, quo tu v. gr. dono mittas pecuniam Ioanni, cum onere tamen, ut si pecuniam velit acceptare, hoc vel illud praestet, sin minus, pecuniam illam det v. gr. Vincentio cum eodem onere. Nam acceptando donum, acceptans irrevocabiliter obligatus manet ad additum onus implendum.

4° Ita legatarius vel heres, cui hereditas vel legatum relinquitur cum aliquo onere, eo ipso quod non recusat, statim contrahit obligationem ex voluntate testatoris iam defuncti adnexam. Lugo l. c. n. 15.

In his ergo aliisque eiusmodi casibus notitia acceptationis necessaria non est, ut obligatio irrevocabiliter contrahatur.

III. 2. Invalidus est contractus, si contrahentes sint inhabiles ad contrahendum, vel si ius positivum resistat. V. Less. l. 2. c. 17. d. 8.

52. Hac de re Lugo disp. 25. sect. 10. a n. 280. Inhabiles ad contrahendum sunt iure naturae, qui carent usu rationis: hi *per se* valide contrahere nunquam possunt; quippe contractus est actus humanus: secus non potest obligationem inducere. Ergo invalide contrahunt infantes, ebrii, phrenetici, furiosi, dementes etc. Dixi *per se*. Quia habere possunt alioquin dominium proprietatis et contrahere possunt per curatores seu tutores, vel potius pro ipsis curatores aut tutores contrahunt.

Inhabilis pariter ad contractus sive matrimonii sive circa bona fortunae est religiosus sollemniter professus, propter votum seu castitatis seu paupertatis. Et quoad primum convenit cum omnibus constitutis in sacris: quoad alterum, cum nullius rei dominium habeat et nequeat de ulla re disponere absque superioris facultate, idcirco nec firmiter nec valide con-

traheret, si ex se agere vellet absque licentia superioris. Quamvis vero ex praesumpta aut interpretativa superioris licentia contrahere licite possit religiosus: contractus iste tamen est a superiore revocabilis. Pariter inhabilis est ad se obligandum aliis religiosus, absque superioris licentia, in iis actionibus, quae cum debita subiectione propter obedientiae votum et traditionem sui componi nequeunt.

Ipsi praelati Religiosi licet irrevocabiliter contrahere possint in rebus ordinariis, prouti concedunt ipsis Ordinis Constitutiones, quippe qui constituti sunt bonorum communium administratores; tamen ex se soli nec firmiter nec irrevocabiliter in iis contraherent, in quibus pendent a Capituli vel Communitatis consensu aut a Sede Apostolica, ubi haec sine sui venia prohibet contractus quosdam fieri *sub poena irritationis.*

53. Iura ergo hisce contractibus resistunt, diversa tamen ex causa. Nam quoad infantes et furiosos etc. iura resistunt, quia isti sunt incapaces actus humani; hinc eadem de causa nulla sunt sponsalia infantium seu impuberum, qui non assequuti sunt usum rationis et invalidum est matrimonium dementis aut ebrii.

Quoad Religiosos spectat, hi sunt capaces actus humani; sed iura resistunt, quia ipsi carent dominio, quod ideo transferre in alios non possunt. Sic iura resistunt matrimonio aut religiosi aut presbyteri, quia coram Ecclesia iam initus est contractus de servando coelibatu: disponerent ergo de eo, quod in potestate eorum amplius non est. Possunt tamen Religiosi in iis, in quibus iura non resistunt, contractus, maxime innominatos inire, v. gr. de docendo, de Missis celebrandis etc.

54. Iura resistunt etiam in pluribus, quando quispiam habet quidem usum rationis et proprietatem honorum, non tamen administrationem.

* Atque hoc est generale principium: omnes et solos illos contrahere posse, qui habeant liberam bonorum administrationem. Ita in quolibet iure. Utrum vero huiusmodi contractus sint ex se irriti an rescindibiles et a quibus eorum rescissio postulari possit, id ex legibus propriorum locorum discendum est. Generatim statuendum est: qui dominium rei obtinet et conscientiam suae actionis habet, se potest naturaliter obligare ideoque, nisi ius positivum resistat, contractus ex parte eius erit naturaliter validus. Potest enim consensum liberum ponere, cui, si ius naturae solum spectes, nihil deest, ut efficax sit.

55. Speciatim in iure communi seu romano haec decernuntur.

1° *De interdictis.* l. 1. Dig. *de Curatoribus furioso et aliis* etc. « Lege 12. tabul. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio... Sed solent hodie praetores vel praesides... curatorem ei dare exemplo furiosi et tandiu erunt ambo in curatione, quandiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in

potestate curatorum ». Et 1. 6. Dig. *de Verbor. oblig.* « Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso ».

2° *Filius familias impubes* nequit, vel consentiente patre, se contrahendo obligare. Inst. §. 10. *de Inutil. stipul.* « Qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur ». Et quidem si impubes sit proximus infantiae; videtur ius resistere naturali quoque obligationi: sic enim ait ibid. « Infans et infantiae proximus non multum a furioso distant; quia eiusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum ». Si impubes sit proximus pubertati, lex lata accipi solet de obligatione civili (cf. Laymann *de Pactis* c. 8. n. 10.); quemadmodum in pupillo, qui, ut dicemus, pubertati proximus naturaliter obligatur. Cur vero filius familias ne auctore quidem patre obligetur, cum pupillus auctore tutore contrahens obligetur, alii aliter rationem reddunt. « Rationem dat, ait Laymann l. c., Glossa in cit. loc.: quia pupillus tutorem sibi obligatum habet, si male is auctoritatem praestet, non item filius patrem ». Quod et Molina probat tom. 2. disp. 261. Vinnius in Inst. in eum locum ait: « Pupillus non tutori, sed sibi acquirit placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare: quo fit ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut et ipse invicem, saltem tutore auctore, obligari possit; cum alioquin nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit; ut proinde nunquam e re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet nec auctorem esse posse ut filius obligetur. Quod si patri videbitur e re sua esse obligari, ipse promittat ». Quae postrema verba significare videntur quod filius impubes, vel auctore patre, nequeat in commodum quoque suum, ideoque patris, obligari. Quod aliis non placet, qui legem ita interpretantur, ut nequeat vel consentiente patre filius impubes contrahendo se obligare in suum incommodum. Cf. Reiffenstuel *Mor.* tr. 8. q. 3. n. 25. add. Subdit vero Vinnius: « Plane cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum adventitiorum filii consideratur, auctoritatem filio impuberi accomodare potest » et provocat ad l. *Si infanti* §. 4. C. *de Iure deliberandi:* ubi statuitur, quod impubes, qui septem annos excessit, possit, consentiente patre, adire hereditatem.

3° *Filius familias pubes* contrahere potest de bonis castrensibus et quasi castrensibus, utpote quorum administrationem liberam habet atque in huiusmodi contractibus, etiam non interveniente auctoritate patris, obligatur naturaliter et civiliter §. 6. Inst. *de Inutilibus stipulationibus*

et l. *Filiusfamil.* Dig. *de Obligat. et action.* et l. *Usque ad* Dig. *de Senatuscons. Maced.* Ratio est, ait Laymann *de Pactis* c. 8. n. 11., quia patria potestas instituta est ad personae correctionem, non ad bonorum filii curationem. Cf. Lugo disp. 22. n. 282.

Bona vero adventitia filius familias pubes et adhuc minor potest alienare et circa ea se aliis obligare, si accedat patris consensus: l. ult. §. 6. Dig. *de Bonis, quae liberis* etc. Cf. Molina tom. 2. disp. 261.

4º *Pupillus* pubertati proximus (idest mas anno exacto 10. cum dimidio, femina anno exacto 9. cum dimidio) et *minor*, si absque auctoritate tutoris aut curatoris contrahant, atque, cum agitur de alienandis aut oppignerandis bonis immobilibus vel rebus mobilibus pretiosis, quae servando servari possint, nisi etiam accedat iudicis seu praetoris decretum, civiliter certe non obligantur. Inst. *Quibus alienare licet* §. 2. tum plures leges huc spectantes Dig. *de rebus eorum qui sub tutela* etc. atque C. *de Praediis et aliis rebus minorum* etc. Cf. Lessium l. 2. c. 17. n. 61. Laymann *de Pactis* c. 9. nn. 6. et 8.

Nihilominus si pupillus aut minor ab alio contrahente acceperint pretium, tenentur restituere, ut lex naturalis praecipit et ipsa lex civilis confirmat, quae ad restitutionem eos obligat, quatenus facti sint ditiores. « In pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, inquantum locupletior factus est, dandam, divus Pius rescripsit ». L. *Pupillus* Dig. *de Auctoritate et consensu tutorum.* Cf. l. 1m tit. eod.

Verum obliganturne saltem naturaliter? Res est paululum implexa propter multiplicitatem textuum iuris. Laymann l. c. n. 8. ait, videri ne obligari quidem naturaliter, si absque iudicis decreto alienentur bona immobilia vel mobilia, quae servando servari possunt; quia ius resistit, cf. loca citata. Atque idem sentire ait Rebellum, Lessium, Sanchez.

Quoad alios contractus obligatio naturalis certe oritur et ab ipso civili iure admittitur. Nam fideiussor pupilli aut minoris obligatur civiliter. Ita l. fin. Dig. *de Iureiurando* et l. *Marcellus* Dig. *de Fideiussoribus et mandatoribus.* Iam vero id fieri nequit, nisi pupillus obligetur saltem naturaliter; nam cessante obligatione principali, cessat quoque accessoria. L. *Fideiussor* et §. 3. Dig. tit. eod.

Haec tamen obligatio non est admodum firma, quia elidi potest beneficio restitutionis in integrum, ut paulo post dicemus.

5º Pupillus et minor, sine auctoritate tutoris aut curatoris contrahentes, licet se non obligent, possunt tamen aliam partem valide obligare. Ita expresse in Inst. *de Auctor. tutorum* ab init. « Placuit meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam cum tutoris auctoritate: unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emptionibus venditio-

nibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum iis contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur ». Cf. et §. 9. *de Inutil. stipul.* ubi docemur haec valere in pupillo proximo pubertati: nam proximus infantiae nihil agere potest.

Supponitur in pupillo pubertati proximo sufficiens iudicium ad alterum sibi per contractum obligandum atque idcirco doli capax habetur. Quapropter si in contractu res tradita pupillo fuerit et huius dolo perierit, datur contra eum actio civilis, qua solvere compellitur. L. *Depositum* §. 15. *Dig. Depositi vel contra.*

6° Pubes minor, qui curatorem non habet (nam, ut alibi diximus, minori invito non datur curator), contrahens obligatur naturaliter atque civiliter. L. *Si curatorem* C. *de In integrum restitutione.*

Ita omnes, ait Laymann l. c. n. 6.: qui tamen monet, id valere si minor eos contractus ex se solo ineat, qui auctoritate curatoris interposita, validi essent: si vero ii contractus fiant, in quibus decretum iudicis requiritur, ii a solo minore facti non valebunt. Cum contractus huius minoris validus fuit, poterit is deinceps petere restitutionem in integrum l. mox cit. Quandiu autem non petit hoc beneficium, qui cum eo contraxit, iure retinet quod accepit.

7° Si pupillus cum tutore contrahat, non ei obligatur; nisi, cum plures sint tutores, auctoritate unius cum altero contrahat: l. *Pupillus* Dig. *de Auctor. et cons. tut.* Quae quidem lex decernit, quod pupillus « naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est; nam in pupillum non tantum tutori, verum cuiusvis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam divus Pius rescripsit ». Unde et obligatio civilis hoc in casu oritur. Secus nec naturaliter obligatur, ait Laymann *de Pactis* c. 9. n. 8. Quemadmodum nequit tutor in rem suam accomodare auctoritatem pupillo, ita neque in rem personarum eidem tutori subiectarum: l. *Quod dicimus* Dig. eod. tit. Nulla est ergo obligatio pupilli, si cum his personis contrahat auctoritate tutoris.

Quod vero de pupillis dicitur, idem valet in minoribus habentibus curatorem. Cf. Molina tom. 1. disp. 224. n. 37.

8° Ad *uxores* quod spectat, iam vidimus part. 1.ª nn. 107. 108. bonorum dotalium usumfructum plenamque administrationem esse penes maritum, bonorum e contrario extradotalium dominium, usum atque administrationem esse penes uxorem. Nequit ergo de illis contrahere: de his potest absque viri consensu.

56. Iam vero *restitutio in integrum* est beneficium, quo laesus reducitur ad eum statum, in quo erat ante laesionem. Beneficium est extraordinarium, quod non conceditur laeso, cum is alia actione potest suum

repetere: « nam si communi auxilio et mero iure munitus est, non debet ei tribui extraordinarium auxilium » l. *In causa* Dig. *de Minoribus* etc. Nec conceditur, cum contractus fuit irritus; ead. l. §. 3. « Generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorem se non debere interponere ». In hac scilicet hypothesi opus non est hoc beneficio. Nec cum laesio est modica: l. *Scio* Dig. *de In integrum restit.*

Conceditur hoc beneficium cuique aetate minori, qui laesus fuerit in contractu vel quasi contractu, licet inito auctoritate tutoris aut curatoris atque etiam, cum opus erat, decreto iudicis interveniente. Toto tit. Dig. *de Minoribus* etc.

Excipiuntur casus duo. 1° Si minor contracturus veniam aetatis impetravit l. *Eos qui* C. *de His qui veniam* etc. 2° Si maior factus ratum habuit contractum l. *Si inter* C. *Si maior factus* etc.

Addunt: si minor contrahens iuramento contractum firmavit et affertur *Authent.* Friderici (cf. Lessium l. 2. n. 65.). « Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis, inviolabiliter custodiantur », sub l. 1. C. *Si adversus venditionem.* Sed et haec ipsa prima lex Imper. Alexandri citari potest, quoad aliquos saltem contractus.

« In delictis autem minor annis 25. non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus; nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam iudicem produxerit » l. 37. §. 1. Dig. *de Minoribus* etc. cf. et l. 1ª. C. *Si adversus delictum.* Item si dolo aliquid minor fecit. L. 9. §. 2. C. eod. tit.

Beneficium hoc restitutionis postulari potest intra quatuor annos tantum ab exacta minoritate, vel, si maior factus legitima causa impeditus fuit, ab eo die, ex quo annus utilis currebat. Id clare edicitur a Iustiniano l. ult. C. *de Temporibus in integ. restit.*

Porro adverte, quod etiam « respublica minorum iure uti solet; ideoque auxilium restitutionis implorare potest » l. 4. C. *Quibus ex causis maiores* etc.

Pariter hoc beneficium conceditur ecclesiis et locis piis. Ita cc. 1. et 2. *De restit. in integ.* in 6°.

Etiam universitatibus studiorum, iuxta Panormit. in c. 1. mox cit. Cf. Lessium l. 2. c. 17. d. 9. Laymann *de Pactis* c. 11. (a). Vide dicta in 1. P. huius tract. n. 475. seqq.

(a) Iure novo Gallico tutor datur pupillis et minoribus non emancipatis C. C. art. 405.: curator minoribus emancipatis et dari debet ex iure Italico C. C. art. 314. In hoc iure novo auctoritas tutoris et curatoris minor est, quam in veteri; nam in qualibet

57. Ex dictis quaestiones quaedam solvi possunt: pro quibus clare expediendis iuverit notare ex Laymann l. c. c. 9. n. 9. obligationis naturalis plures esse effectus. Primus et praecipuus est, quod creditori ius tribuat accipiendi et retinendi id, quod ipsi libere solvitur: absque hoc effectu nulla est obligatio, ut patet. Secundus est, quod ei accedere possit fideiussor (cf. supr. 55. 4°): tertius est, quod impediat soluti repetitionem l. *Naturales* Dig. *de Action. et obligat.*: quartus, quod in foro externo, etsi non actionem, tribuat tamen exceptionem compensationis l. *Etiam quod* Dig. *de Compensationibus.*

---

re maioris momenti pendent ab auctoritate *Consilii domestici:* art. 450. 468. 483. Ita et ius Italicum art. 277-301. 314. seqq.

Ceterum, ut verbis Gury utamur V. 1. n. 764., minor non emancipatus contrahere nequit absque assistentia tutoris. Si tamen contrahat, validus est contractus: rescindibilis vero, nisi minori faveat. Laesio scilicet, quam passus est huiusmodi minor, locum dat rescissioni cuiuslibet contractus. C. G. art. 1303. Consentit ius Ital.; sed actio nullitatis proponenda est in casibus et conditionibus a lege specialiter expressis: art. 1308.

Minor emancipatus habilis est ad faciendos actus, qui sunt purae administrationis, quin petere possit deinde restitutionem, nisi ubi maiori quoque hoc ius competeret: C. G. art. 481. In ceteris eget assistentia curatoris et auctoritate Consilii domestici: art. 482. seqq. Consentit ius Ital. art. 317. seqq.

Restitutio minori non conceditur, cum laesio originem habet ex facto fortuito nec praeviso: cum obligatio oritur ex eius delicto vel quasi delicto: cum minor dolo, non simplici affirmatione, alteri persuaserit se esse maiorem: si commercium aut artem exercens, vel trapezitam agens, pro rebus sui commercii aut artis obligationem contraxerit: si maior factus ratum habuit gestum in minoritate, etiamsi illud fuerit nullum ob defectum formae: neque restituitur contra conventiones initas in contractu matrimonii legitime factas C. G. art. 1306-1311. Consentit plus minus ius Ital. art. 1305. seqq.

Tempus utile pro actione nullitatis proponenda non excedit decennium a die maioritatis C. G. art. 1304. ex iure Ital. quinquennium art. 1300. Eaque actio soli minori competit, non iis, qui, capaces se obligandi, cum ipso contraxerunt. C. G. art. 1125. Ita et ius Ital. art. 1302.

Actus ergo non est habendus ex se irritus; sed accedente sententia iudicis irritabilis.

Quod spectat ad uxores, peior est eorum conditio in iure novo quam in veteri. Nequeunt enim, etiam in bonis suis, contrahere absque *speciali* consensu mariti et huius defectu, absque iudicis auctoritate. Quocirca actus secus ab uxore factus rescindibilis est, si ipsa uxor aut eius maritus aut eorum heredes nullitatem opponant, C. G. art. 217. 219. 225.

Si autem uxor vacat commercio publico, potest, sine auctoritate mariti, se obligare in iis quae ad tale negotium pertinent, imo si inter eos est communitas, obligat etiam maritum. Art. 220.

Potest etiam uxor testari absque auctoritate mariti. Art. 226.

Consentit ius Ital. art. 134-137.

Quod attinet ad Interdictos, ius statuit eos aequiparari minoribus legesque de tutela minorum applicandas esse tutelae interdictorum. C. G. art. 509. Consentit C. Ital. art. 329.

Ad filiosfamiliae quod spectat, Pater, durante patria potestate, est administrator omnium bonorum filii. C. G. art. 389. Consentit C. Ital. art. 224. E.

Iam vero cum ius positivum impedit obligationem naturalem, multipliciter agere potest; nempe vel impediendo omnes eius effectus sive primum, a quo ceteri pendent, vel aliquos tantum nec supponendum est, quod omnes semper impediat. Ita, ut Laymann argumentatur, impedit ne fideiussor interveniat in obligatione prodigi et furiosi, ut vidimus supra (55. 1°): quis tamen credat prodigum interdictum, qui compos sui est, non magis obligari quam furiosum, qui consensum non habet? Cf. alia exempla apud eundem. Idcirco ex eo quod unus aut alter ex posterioribus effectibus impediatur, non est per se consequens impediri alios et primum atque conciliari possunt iura, quae identidem negant, identidem affirmant obligationem naturalem oriri; negant scilicet ratione habita alicuius effectus.

58. Itaque si maior contraxit cum minore absque auctoritate tutoris aut curatoris et contractus minori favet, non est integrum maiori resilire a contractu, nisi legitime consentiente minore.

Si contractus rescindendus est et minor rem vel pretium acceperat, is restituere debet quod exstat, vel in quo factus est ditior.

Si dolus minoris intercessit, damna alterius contrahentis resarcienda sunt; nemini sane fraus sua patrocinari debet. Cum ex iure civili minor repetere potest quod dedit vel petere beneficium restitutionis in integrum, quandiu is non petit et ceteroquin contractus iuxta naturae leges nequit dici invalidus: alter tuto retinere potest quod accepit, dummodo non constet ius positivum ipsam acceptionem seu primum effectum obligationis irritare, ut in quibusdam gratuitis contractibus e. g. contingit.

Minor qui repetere possit quod dedisset, potest eius negare solutionem; « quid enim opus est inani circulo; ut solvat quis, quod ipsi restituendum erit? » ait Laymann l. c. n. 10.

Minor, qui sine auctoritate tutoris aut curatoris vel sine iudicis decreto, cum opus est, contraxit cum altero absque dolo quidem sed cum intentione utendi deinceps, si commodum ei fuerit, beneficio legis, potest eo deinde uti, quemadmodum potuisset, si illa prior intentio abfuisset; haec enim intentio, quae ceteroquin est conformis iuri, non mutat eius conditionem nec privat eum suis privilegiis. Dum vero sic contrahit, paratus esse debet alterum servare indemnem; secus plus vellet recipere quam dare: quod nullum ius ei concedit.

59. Audivimus aliquos contractus, qui iure civili invalidi essent vel rescindibiles, confirmari iuramento: scilicet, dummodo contractus iure naturali valeat, lex civilis negat iis, qui huiusmodi contractui iuramentum addiderunt, beneficium quod alias concederet, rescissionis aut restitutionis vultque naturalem obligationem servari. Integrum profecto erat legislatori beneficium suum ita circumscribere atque ita in iure romano

statutum esse quoad eos contractus, qui per se naturaliter valerent, qui honesti sint, quique iure civili invalidantur non ob favorem boni publici, sed privati contrahentium, docent communiter DD. Cf. Lessium l. 2. c. 17. d. 7. Laymann *de Iuramento* c. 8.

Quocirca ubi ius romanum non amplius viget, standum erit hac in re dispositioni legum singulorum locorum *si honestae sint* vel iuris canonici aut iuris naturae. Cf. Lug. disp. 22. n. 209. et cf. quae diximus *de Iuramento* nn. 88-90.*

60. Sunt alii praeterea contractus, quibus ob praesumptionem periculi vel alias ob causas ius resistit.

Sic irritatur matrimonium cum muliere rapta, quousque est in raptoris potestate, ob periculum defectus libertatis in persona rapta.

Sic licet et dominium et proprietas et administrandi iura non desint, invalidae sunt donationes inter coniuges etc., ut paulo post dicemus.

Sic iura contractui matrimonii resistunt multis aliis de causis, prout singula impedimenta inspiciendo quisque per se facile cognoscere potest.

Ea in re, ut aequa feratur sententia, tum naturae iura, tum iura positiva, quibus ob bonum commune haec potestas asseri debet, inspicienda sunt.

IV. 3. Item si materia contractus sit illicita, ut si sit peccatum: vel illegitima, ut si fur vendat rem alienam.

61. Ratio manifesta est, quia nemo obligari potest ad rem illicitam. Ergo si materia est illicita, nemo se obligare valide potest. Atqui essentia contractus in eo est, quod quis ad quidpiam se obligat. Ergo.

Tamen distinguendum est, quando conditiones turpis pacti impletae vel non impletae sint.

Nam si nondum impletum est pactum, nulla pars, uti patet, obligatur ad implendum, imo obligantur ad recedendum a pravo proposito.

Si alterutra pars quod pepigerat implevit et illicitum est, quod altera pars adhuc ponere ex pacto deberet, haec pariter non obligatur. Sic si tu occideris inimicum meum, ut ego occidam alium et tu iam occidisti: non teneor et ego ad homicidium. Hinc casus, si datae sunt pecuniae mulieri pro turpitudine; vi huius pacti mulier non tenetur ad peccatum, sed debet restituere: etiamsi pactum turpe non explicitum fuerit, sed implicitum. Si tamen donum aliquod factum fuisset ad alliciendam mulierem, sicut, ut habet s. Alphonsus lib. 3. n. 712. q. II., si quis daret munus Episcopo, ut alliciat ad conferendum beneficium, id potest retineri: licet si mulier id crederet, vix posset excusari a peccato scandali, quippe quae foveat concupiscentiam ac pravam alterius voluntatem.

Si vero pars, quae implenda superest, non est turpis, tunc locus est quaestioni, quam communiter instituunt heic doctores (s. Alph. l. 3. n. 712. q. 1.): an post opus illicitum praestitum ab una parte, sit obligatio sol-

vendi in altera parte pretium promissum et num qui opus illicitum praestitit, possit licite acceptum pretium retinere.

Subdit s. Alphonsus l. c. « Quoad meretrices *commune est et certum* inter doctores, quod possint retinere pretium meretricii praestiti. Pro *aliis vero maleficiis*, puta pro ferenda iniusta sententia vel patrando homicidio, adulterio, fornicatione etc., duplex est sententia probabilis et prima negat esse obligationem solvendi pretium, aut posse illud retineri... Secunda vero probabilior sententia et communis... docet, promittentem teneri solvere pretium et contra recipientem non teneri ad restitutionem ».

62. Ceterum cernere non licet, cur *commune et certum* dici id debeat relate ad meretrices: quoad alia autem crimina, *commune* quidem sit, sed tantum *probabilius*. Et melius plane Lugo, cum dicat disp. 18. n. 45. de primo casu: *Communis et vera sententia negat debere postea restitui:* merito de aliis subdit ibid n. 59.: *Communis tamen et vera sententia affirmat, dum leges expressa pacta non irritant, obligationem postea esse solvendi pretium promissum.*

Ad primam admittendam solutionem quoad meretricium permoti quidam videntur, quia s. Thomas pronunciavit: « Cum quis dat meretrici propter fornicationem, mulier potest sibi retinere quod ei datum est. Sed si superflue aliquid per fraudem aut dolum extraxisset, teneretur eidem restituere » 2. 2. q. 65. art. 5. ad 2.

Et in iure l. 4. §. 3. Dig. *de Condictione ob turpem vel iniustam causam:* « Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix ».

63. Verum quaenam tandem est ratio, quae ex auctoribus oppositae sententiae producitur, qua discrimen doctrinae retinendae circa utrumque casum probetur. Haec scilicet Ligorius l. c.: « Probatur haec sententia 1° ratione, quia actio illicita nullo pretio digna est, cum peccatum non sit vendibile ».

At quis non videt, hanc rationem, si quid valeat, aeque militare adversus primum casum? * Et peccatum quidem, prout tale, non est vendibile h. e. non est vendibilis malitia eius; sed actus physicus, quemadmodum peccanti placet et temporale aliquod emolumentum affert (secus enim nemo peccaret), ita et alteri placere ac utilis esse potest et hoc pacto cur nequeat vendi? Quis autem cogitavit unquam de vendenda malitia actus, ut monendi simus, peccatum, prout tale est, non esse vendibile? *

Subdunt argumentum ex l. *Mercalem* (male apud Comitolum, aliosque scribitur *Mercedem*) C. *De Condictione ob turpem causam* ubi dicitur: « Ex huiusmodi stipulatione (mercalis uxoris) contra bonos mores inter-

posita denegandas esse actiones, iuris auctoritate demonstratur ». At negare actionem non idem est ac declarare irritam seu pactionem, seu rei acquisitionem. Nonne enim negatur actio etiam ad repetendum iniustum pretium, si excessus non sit ultra dimidium? Nonne praeterea in eadem lege dicitur « solutae quantitatis cessare repetitio? »

Allegant l. *Pacta* C. *de Pactis*: « Pacta, quae contra leges, constitutionesque vel contra bonos mores fiant, nullam vim habere, indubitati iuris est ». Quod scitum verissimum est, si intelligatur de vi, quae impellat seu obliget ad faciendum malum: verum solvere pecuniam post perpetratum malum non est peccatum.

Eodem spectant aliae leges allegari solitae. Ita l. *Iuris gentium* Dig. *de Pactis:* « Si, ut maleficium fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione » scil. ad *patrandum maleficium.*

Et l. *Si plagii* Dig. *De Verbor. obligat.*: « Si plagii faciendi vel facti causa, concepta sit stipulatio, ab initio non valet » : ubi agitur de homine libero in servum redacto (!).

Et l. *Generaliter* Dig. *De Verb. oblig.*: « Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti ».

Sed dein redit, quod superius advertimus: nonne haec aeque casum lucri meretricii respiciunt? Cur ergo meretrici veniam dant pecuniae retinendae, non item aliis?

64. Patroni huius sententiae apud eundem s. Alphonsum l. c. duo etiam loca proferunt ex s. Thoma et 1° ex 2. 2. q. 32. art. 7. ad 2., haec verba allegant: « Apud illos, qui sunt eiusmodi legibus obstricti, tenentur universaliter ad restitutionem » : Quae verba sensu carent nec patet qua de re dicantur. Sed in contextu dicuntur de ludo sic: « Circa illa vero, quae per aleas acquiruntur, videtur esse aliquid illicitum ex divino iure, scilicet quod aliquis lucretur ab iis, qui rem suam alienare non possunt, sicut sunt minores et furiosi et huiusmodi... et in his casibus tenetur ad restitutionem. Aliquid autem videtur esse ulterius illicitum ex iure positivo civili, quod prohibet universaliter tale lucrum. Sed quia ius civile non obligat omnes, sed eos solos, qui sunt his legibus subiecti et iterum per dessuetudinem abrogari potest; ideo apud illos qui sunt huiusmodi legibus obstricti, tenentur universaliter ad restitutionem, qui lucrantur, nisi forte contraria consuetudo praevaleat... » Ergo nihil ad rem ista faciunt.

Rursus allegant alia verba ex 2. 2. q. 62. art. 5. ad 2. Quaerit in eo articulo s. Thomas, an restituendum sit illi, qui illicite dedit et secundo loco sibi obiicit, videri non restituendum illi; quia si aliquis dat illicite, non meretur illud recuperare, v. gr. qui dat simoniace.

Respondet autem: « Ad 2. dicendum, quod aliquis dupliciter aliquid dat illicite. Uno modo, quia *ipsa datio est illicita* et contra legem, sicut

patet in eo, qui simoniace aliquid dedit et talis meretur amittere quod dedit: unde non debet ei restitutio fieri de his et quia etiam ille, qui accepit, contra legem accepit, non debet sibi retinere, sed debet in pios usus convertere. Alio modo aliquis dat illicite, quia propter rem illicitam dat, licet *ipsa datio non sit illicita,* sicut cum quis dat meretrici propter fornicationem; unde et mulier potest sibi retinere id, quod ei datum est ».

Ergo verba s. Thomae haud recte allata sunt, ex ea nempe parte, quae non facit ad rem et quidem subleste sensu dissimulato, quo dicitur aliquid datum contra legem et insuper dissimulatis iis, quae in eodem loco oppositam sententiam exhibent.

Adde, quod ex s. Thoma merces debetur ex iustitia, ut patet ex 4. disp. 33. q. 1. art. 3. q. 2. ad 1. ubi ait: de Iuda mittente mercedem sc. haedum Thamar: « Ita etiam Iudas mendacium vitavit, fornicationem non vitans; quamvis illud *mendacium perniciosum fuisset, iniuriam habens adnexam, si promissum non reddidisset* ».

65. Ceterum notabis, s. Thomam afferre quidem exemplum meretricis, sed solum exempli instar, cum doctrina sit universalis. Doctrina autem universalis est: si aliquid detur *illicite,* eo quod detur ob causam illicitam, non ideo esse illicitam et contra legem ipsam dationem ac propterea non teneri ad restitutionem eum, qui accipit.

Et doctrina pariter universalis est in alio loco; ubi quaerens, an fieri eleemosyna possit ex iniuste acquisitis, triplicem modum distinguit bonorum illicite acquisitorum et sic de tertio loquitur 2. 2. q. 32. art. 7.: « Tertio modo est aliquid illicite acquisitum, non quidem quia *ipsa acquisitio sit illicita,* sed quia id, ex quo acquiritur, est illicitum, sicut patet de eo, quod mulier acquirit per meretricium: et hoc proprie vocatur turpe lucrum. Quod enim mulier meretricium exerceat, turpiter agit et contra legem Dei; sed in eo quod accipit, non iniuste agit, nec contra legem. Unde quod sic illicite acquisitum est, retineri potest et de eo eleemosyna fieri ».

Doctrina est ergo universalis s. Thomae, non esse illicitam *acquisitionem,* licet illicitum sit id, ex quo acquiritur. Hoc autem aeque valet de assassinio deque aliis criminibus praeter meretricium, quod itidem heic memoratur tantum exempli causa.

Et quod reipsa mens haec sit s. Thomae, patet ex loco parallelo in 4. dist. 15. q. 2. art. 4. quaest. 2. et 3. Nam in Responsione ad secundam quaestiunculam ait: « Illicite acquisitum dicitur, quod contra prohibitionem legis acquiritur. Sed hoc potest esse dupliciter; quia aut lex prohibuit ipsum lucrum, vel causam lucri tantum. Si ipsum lucrum est prohibitum, tunc impossibile est, quod iuste detineatur... Sed in talibus distinguendum est. Quia aut non transfertur dominium, sicut in rapina et furto et

tunc omnino restituere tenetur...; aut transfertur dominium et tunc vel competit repetitio ei, a quo quis lucratus est secundum aliquod ius, sicut in usura accidit, in qua, ut quidam dicunt, dominium transfertur et tunc de hoc etiam non potest eleemosyna fieri; aut non competit repetitio secundum turpitudinem sceleris ex parte dantis, sicut in simonia accidit et tunc tale acquisitum non potest retineri, sed debet in eleemosynas erogari. Si autem lex prohibuit actum, ex quo quis lucratur, sed non lucrum posito actu, tunc quamvis acquirendo tali actu contra legem fecerit, tamen tenendo non facit contra legem: sicut cum quis *de lenocinio* vel *meretricio* lucratur et ideo haec retineri possunt et de eis eleemosyna fieri potest ».

Et tamen hunc locum s. Thomae ausus est Roncaglia allegare *De* 7. *Praec.* quest. 2. *de Restit.* cap. 6. q. 4. pro opposita sententia!

Et ad quaestiunculam 3: « Quando lucrum ipsum est lege prohibitum, ut rapina, usura et simonia, non solum dicitur turpe lucrum, *sed iniquum...* Sed quando actus, quo quis lucratur, lege prohibitus est, non autem ipsum lucrum, tunc vocatur *turpe lucrum*, sicuti est in meretricio *vel in similibus* et tunc de tali (lucro) eleemosyna fieri potest; quia non tenetur ad restitutionem ».

Quibus in locis et doctrina traditur universalis et ad alios casus praeter meretricium ab ipso s. Doctore extenditur, prouti res per se clamabat. Hinc Caietanus in locum ex Summa allatum 2. 2. q. 32. art. 7. non mere meretricium nominat, sed pro *meretricio*, inquit, *adulterio* et *huiusmodi* ». Et ex his patet, quam male utrumque locum ex Summa Theologica s. Thomae quidam allegaverint.

66. Nulla sunt ergo argumenta, quibus haec distinctio inter meritricium et alia malefacta statuatur. Ex eo quidem apud aliquos talis distinctio orta est, quod adverterent, vi legum meritricibus licere lucrum referre; quod de aliis maleficiis non dicebatur, imo contrarium identidem decernebatur, ut in simonia etc. Sed silentium legum nihil per se demonstrat et congruebat potius a simili arguere; nam similia haec esse et s. Thomas ostendit. Contraria autem in quibusdam malefactis dispositio legum explicanda erat ex doctrina Thomae, cum nempe *ipsa datio est illicita*. Provocabatur quoque (cf. Medina cod. seu libr. *de Restitutione*. p. 130.) ad l. *Lucius* Dig. *de Iure Fisci*, in qua dicitur: « Morte reae crimine exstincto, persecutionem eorum, quae scelere acquisita probari possunt, fisco competere posse (respondit Modestinus) ». Verum quod hac lege statuitur, pertinet ad crimen veneficii, quo mulier viri hereditatem acquisivisset: haec porro est poena specialis et praeterea res acquisita fuisset iniuste. Quocirca ubi sermo est de adulterio, sacrilegio etc., negatur quidem condictio seu repetitio, sed nihil dicitur de re fisco addicenda.

An forte extrinseca auctoritas DD. probabilitatem conciliat isti distinctioni? Quoniam eaedem auctoritates in seq. simili quaestione afferuntur, eas paulo post perpendemus.

67. Sane claritatis gratia, licet distinguere duas quaestiones: 1° an retineri possit acceptum pretium post impletum opus turpe: 2° num opere turpi impleto ex una parte, altera debeat pretium solvere. Et thesis quidem s. Alphonsi, quatenus spectat ad meretricium, complectitur solum priorem quaestionem: quoad alia vero malefacta, utramque. Adverte, quod cum quaestio fit, an opere malo ex una parte impleto, altera teneatur pretium solvere, quidam circumscribunt quaestionem, ut agatur de maleficiis, *quae legibus puniuntur* Lessius lib. 2. c. 18. n. 20.: nihilominus cum de foro conscientiae agitur, ubi si qua ratio valet pro uno maleficio, valet et pro aliis, opus non est hac distinctione: ideoque et s. Alphonsus delictis enumeratis, quae lex punit, addidit etiam fornicationem.

68. Iam vero sententia communior, quae et s. Alphonso probatur l. c., affirmat pretium dandum esse ex iustitia. Duplex sane ibi intervenit contractus, alter *nominatus* promissionis acceptatae, nempe de opere turpi pro pretio ponendo; alter *innominatus*, qui exsurgit, posito opere, nempe *do ut des*. Huius vero natura est, ut perficiatur traditione: exigit porro, ut quoties alter contrahens partem suam implevit, alter vicissim suam implere teneatur, si licite potest. Atqui profecto, opere impleto, praestatio pretii promissi licite fieri potest. Etsi enim opus praestitutum sit moraliter turpe (sub qua ratione non venditur: non enim venditur moralitas), prout tamen opus physicum est, est pretio dignum, quatenus et placet et utile est ementi atque laboriosum, periculosum et ignominiosum est vendenti.

Imo ille prior contractus, nempe promissio, quamvis ante opus vi careat, quia tamen habet tractum successivum et respicit non solum tempus antecedens exsecutionem operis, sed etiam subsequens, habendus est ut contractus *conditionatus* qui non obligat quidem ad ponendum opus; sed posito opere, fit validus et obligat ad solutionem pretii. Cf. Bonac. *de Restit.* disp. 1. q. 3. p. 3. n. 2.

69. Quid contra haec habent adversarii recentiores? Aiunt, contractum invalidum ante operis positionem, non validari per eam et citant reg. 18. iuris in 6. *Non firmatur tractu temporis, quod de iure ab initio non subsistit.* Ita Carriere citatus a Gury § 760. et citatur etiam Roncaglia et Comitolus.

Verum regulam 18. Iuris, utut notissimam, nemo e veteribus in hanc rem allegavit; quia prorsus est abs re. Noverant nempe veteres obligationem tunc oriri, cum perficitur contractus; contractus autem, de quo sermo, sicut et omnes contractus innominati (vid. Lugo *de Iust.* disp. 22. n. 19.), non perficitur nisi secuta ex parte unius traditione. Initium ergo

obligatorii contractus non a promissionis data fide, sed ab opere praestito desumitur. Non secus ac videlicet promissio venditionis non est venditio, nec promissio matrimonii confundi cum matrimonio debet, ita in re praesenti praecedens promissio vim in se non habet innominati contractus, de quo disserimus, in quem propterea Regulae Iuris 18. allegatio, ut arbitratus est *Carriere*, quadrare possit.

Roncaglia autem et Comitolus falso allegantur. Roncaglia enim *de Restit.* cap. 6. q. 1. resp. 2. haec scribit: « Post malum perpetratum (praescindendo modo a prohibitione iuris positivi) danda est pecunia promissa malefactori, e. gr. meretrici, homicidae, sive cuicumque, qui in gratiam promittentis fecit aliquod malum. Pro quo observandum, quod quamvis peccatum consideratum in se et formaliter sit semper detestabile ac nullo pretio dignum, nihilominus consideratum secundum materiale, hoc est, quatenus potest alicui afferre delectationem, commodum, utilitatem etc., reputatur pretio aestimabile... Hinc meretrices posse retinere pretium, quod ipsis datur, habetur l. *Idem* 4. *de Condict. ob turp. caus.*, et docet s. Thomas, etc. ».

Comitolus autem quamvis per invia et devia pro indisciplinato ingenio suo discurrat, tamen *Resp. moral.* lib. 3. q. 5. n. 13. eo demum devenit, ut definiat, post crimen patratum promissam mercedem meretrici solvendam esse. Et parum refert, quod miram pro genio suo rationem reddat, nimirum promissam mercedem ceu multam crimini per leges impositam solvi debere, non exspectata iudicis sententia: quae portentosa ratio eo rem adduceret, ut potiusquam poena plectatur, ex lege cumulari praemio rea femina debeat, merces vero solvi debeat ab eo quoque, qui non promiserit. Sed omnia haec auctoris ingenio plane sunt congrua, sicut et illud, quod ipse (ibid. n. 2.) viderit, FERME OMNIUM DOCTORUM *esse sententiam, quod facinorosae operae locatori nihil debeatur*, quando Card. Lugo disp. 18. n. 59. videbat, COMMUNEM *veramque sententiam esse, obligationem esse solvendi pretium promissum.*

Et quidem ex Comitolo corrogatae videntur allegationes aliae, v. gr. Adriani, Io. Medinae et Navarri, quas penes alios (s. Alphonsus lib. 3. n. 712.) pro ea opinione reperis. Sed et in his videas facinus Comitolo dignum. Etenim Adrianus (In IV. *de Rest.* §. Restat. Fol. LXXVI. edit. Rom. 1522.) haec dissertissima habet: *Qui officio vel actu sibi vetito aliquid consequitur,... nihil facit contra iustitiam commutativam. Ergo non obligatur restituere.* Tum ad obiectionem, quod meretricii pretium offerri in templo interdiceretur, reponit: *Pretium carnis licite et iure possidetur; tamen aeque prohibetur... offerri in domo Domini.* Ad textus autem iuris, quibus irritae declarantur pactiones turpes, respondet: *Nec textus ibi aperte dicit, promissionem factam viro ob turpem causam praecedentem*

non valere, sed solum... de turpi causa futura... Secus videtur, cum iam turpitudo transierit et sit quasi purgata.

Quae afferuntur ex Medina, nihil ad rem faciunt. Tantummodo enim hic cod. *de Restit.* pag. 136. vi iuris l. *Lucius* 9. Dig. *de Iure Fisci,* quod fisco cedi iubet bona hereditate acquisita ab uxore per venenum marito propinatum, contendit addicenda fisco esse, quaecumque acquirantur delicto per leges punito. Unde concludit, fisco addicenda lucra meretricis occultae, non autem publicae, quam leges tolerant. Et missa quidem fiat ista conclusio, quam nemo alius ex eo textu deduxit (vid. Covarruv. in c. *Peccatum, de Reg. Iur.* in VI. §. 2. n. 3.). At enim quid ex his in rem nostram extundas? Imo quod restituenda velit tantum lucra ex delictis, quae lex ulciscitur, eo ipso concedit, cetera ex delicto lucra retineri posse. Quin et lucri ex delictis, quae lex punit, dominium acquiri a delinquente aperte docet, inquiens: *Iura tamen differentiam ponunt inter hanc* (meretricem publicam) *et illam* (occultam). *Nam si occultae sint meretrices, lucra, quae sic acquirunt, amittere merentur et datur actio fisco, ut possit ea a talibus auferre. Verum ante sententiam condemnationis contra eas latam, dominium lucri apud ipsas est.*

Denique ut Navarri sententia pateat, sufficiat haec attulisse *ex Man.* cap. XVII. n. 34.: *Dico quarto principaliter, quod acceptum a meretrice ob turpem causam fornicationis, non est necessario restituendum etiam in foro conscientiae. In qua conclusione fere omnes tam Theologi, quam Canonistae et Legistae conveniunt:* quae postrema verba rursus evincunt, quanta levitate Comitolus fere *omnium doctorum esse* iactaverit oppositam sententiam. Ceterum Navarro displicebat ratio, *quam* (ut ait) *etiam sequitur s. Thomas et omnes alii post eum. Quia* (subdit) *videtur sibi repugnare, cum praesupponat turpe esse meretricari et non esse turpe mercedem pro meretricio capere;* quando (uti infr. n. 41. explicat) mercedis receptio est peccati commissi approbatio atque adeo novum peccatum. Quocirca hoc saltem exigit (ibid. n. 41.), ut *delictum non sit causa principalis petendi promissa, sed causa impulsiva et occasio, sine qua non peteret:* quasi vero, v. gr. calceamenta per nefas die festo confecta non possint esse causa, sed solum occasio, ob quam merces seu pretium sutoribus solvatur. Sed quando in eandem conclusionem cum communi DD. sententia demum convenit; reliqua, prorsus singularia, quae vel ipse Thomas Tamburini *Decal.* lib. 7. cap. 5. § 3. n. 20. *procul a veritate abesse* affirmat, quaeque contra communem omnium sensum se proferre ipsemet Navarrus sincere fatetur, viro alioquin egregio facile sunt condonanda.

70. Et ista quidem potiora sunt, quae ad huiusmodi causae defensionem afferuntur. Nam quae in eandem rem congessit Collet *de Iust. et*

Iur. p. 4. cap. 1. art. 4., adeo misera vel ipsi visa sunt, ut eum, licet eiusdem opinionis studiosissimum, non ulterius pertrahere potuerint, quam ut *se in eam propendere* dixerit. Dixi *Collet huius opinionis studiosissimum;* nam amore tam perdito eam deperibat, ut cum scriptores, quos communissimae fere omnium in Theologia ac utroque iure Doctorum certae sententiae opponeret, ad manum nisi quatuor non haberet, satis id illi fuerit, ut intrepide pronunciaret: *Duplex est in hoc puncto Theologorum etiam saniorum opinio!* Ceteroquin autem quinam isti pro sua parte *saniores* Theologi? *Comitolus nempe, damnatum opus Henrici a s. Ignatio,* ignotus anonymus *Collat. Paris. auctor* cum compendio *Sambovii!* Et quidem, quod etiam maius est, ne hos quidem quasi pro ea opinione certantes ausus est proferre, sed, ut ipse inquit, *hanc tenent aut ad eam accedunt:* quibus dein (et hoc magis adhuc mirum ferreaque fronte dignum) favere dicit Ioannem Pontas, qui alioquin, ipso non diffitente, plane oppositum docet! Dignum sane huiusce causae patrocinium dignumque patronum!

71. Denique ut nihil, quod huc spectat, omittatur, quidam advertunt (vid. s. Alph. lib. 3. n. 712. q. 1.), hanc opinionem habitam fuisse *ut probabilem* tum a Lessio, tum a Diana; Tamburinus vero *Decal.* lib. 7. cap. 5. §. 3. n. 20. addit, eam docere *non ignobiles Doctores* ipsamque placuisse *multis Canonistis apud Azorium* p. 3. lib. 4. c. 21. q. 2.

Verum quod ad Lessium attinet, hoc affirmavit *tantummodo de criminibus, quae positivo iure puniantur,* v. gr. si parochorum examinatores quidpiam ratione examinis a candidatis receperint (vid. lib. 2. cap. 14. n. 60. et cap. 18. n. 20.). Haec autem nihil ad generalem quaestionem secundum ius naturae pertinent.

Quoad Dianam autem duo advertere satis sit: 1° Hanc qualemcumque probabilitatem (nam oppositam dicit probabiliorem et communem) ipse tom. 8. tr. 7. r. 59. n. 3. tribuit auctoritati *Durandi, Medinae, Navarri, Comitoli et Valeri.* Atqui Medina, Navarrus et Comitolus perperam, ut vidimus, in patrocinium vocantur. Durandus, cuius allegationem Diana sumpsit ex Valero, mere contendit in 3. dist. 39. q. 4., *nullam obligationem oriri ex iuramento seu voto de re illicita, quasi haec Deo placeat:* quae, uti patet, non sunt ad rem. Valerus demum (*Differ. utriusq. Fori* v. *Promissio,* diff. VIII.) concedit, usum corporis esse vendibilem, licet neget, dandum esse pretium, ne hoc solvi pro peccato videatur. At simul ibid. diff. IX. n. 1. statuit, in foro conscientiae eum, qui promisit centum pro faciendo homicidio, ad solvendum teneri post opus perfectum; quamvis in foro externo ea alter exigere non possit. Ergo auctoritates, quibus Diana qualemcumque illam nectebat probabilitatem, evanescunt. 2° Diana (l. c.) ex mente eorum, quos allegat, unicam urget rationem, quod pec-

catum non sit vendibile aut pretio dignum. Atqui hanc rationem ipse tom. 6. tr. 7. res. 180. n. 4. contendit esse falsam. Ergo per se ipse inanem istam probabilitatem destruit, quae nec ratione ulla, nisi falsa, nec ulla, nisi ficta, auctoritate nititur.

Denique quod attinet ad *doctores non ignobiles*, quos Tamburinus appellat, neminem alium reipsa memorat praeter consuetos Navarrum, Comitolum et Valerum, quorum nomina e Diana se mutuatum dicit. Opinio autem, quae iuxta Azorium (l. c.) communis est multis Iurisconsultis et Canonistis antiquioribus, nihil distat ab ea, quam superius a Medina tradi vidimus, nimirum pretium per leges permitti meretricibus publice expositis, non vero aliis feminis. E quibus non secus ac Medina, Azor concludit: *Sola igitur differentia est, quod per leges in iis, quae dantur publicis meretricibus, non datur repetitio pretii in foro exteriori... At vero in ceteris feminis conceditur per leges ius repetendi datum eis.* Quocirca etiam Azor aeque ac Medina subiicit: *Quidquid igitur sit de foro exteriori, lucrum acceptum in quacumque alia copula ob luxuriosum actum perpetratum, in conscientia non est restituendum, quia nec lex ulla ad id cogit.* Incassum igitur recidit et subsidium, quod quispiam in *doctoribus non ignobilibus* et Iurisconsultis atque Canonistis a Tamburinio appellatis inesse putet.

72. Haec porro paulo diligentius exponenda fuerant, postea quam fictitia ista probabilitate, quam huic opinioni quidam tribuere visi sunt, insigniter alii abutuntur ad tuendum immane illud paradoxum de nulla matrimonii obligatione quoad eum, qui sub data matrimonii fide puellam violaverit.

73. Verum in hanc doctrinae s. Alphonso quoque probatae declarationem, quam olim in Nota ad Gury l. c. apposuimus, Auctores Vindiciarum quatuor et quinquaginta columnas (pag. 334-361.) scripserunt, quibus et tres aliae addendae sunt, quas alibi (pag. 370-371.) postremae parti eiusdem Notae iidem VV. opposuerunt. Utinam ista rerum congeries aliquid lucis quaestionibus afferret!

74. Ad argumentum ergo veniamus nostrae quaestionis. Quoad regulam 18. iuris: *Non firmatur tractu temporis, quod de iure ab initio non subsistit,* contendunt VV. 1. pag. 337. falso a P. Ballerini asseri, *neminem e veteribus illam in hanc rem allegasse* et opponunt quod s. Alphonsus ait lib. 3. n. 712.: *Regula communis est, quod illud, quod ab initio non subsistit, tractu temporis convalescere nequit.* — Resp. Est regula *communis,* prout regulae omnes iuris imo sunt *communissimae, Concedo.* Ergo a veteribus in hanc rem allegatur, *Nego Consequentiam.* Producantur itaque *veteres,* qui in hac controversia regula ista usi fuerint.

2° Contendunt VV. pag. 337-338. *immerito* dici a P. Ballerini, hanc *regulam afferri prorsus abs re.* Obiiciunt autem cum Comitolo, in casu

stipulationem semper praecedere et cum stipulatio sit nulla ante factum flagitiosum, nulla esse debet etiam post factum. In eandem rem integram describunt paragraphum Lugo disp. 22. n. 19., quae supra allegatur, n. 69. — Resp. Illa Lugo paragraphus ideo solum allegatur, quia communem doctrinam innuit, nempe contractus innominatos non perfici *nisi traditione secuta et completo contractu ex parte unius*. Nam quae Lugo ibi disserit de speciali contractu *permutationis*, nihil huc pertinent. Dixi, innui ibi *doctrinam communem*, quam sic effert Molina tr. 2., *de Contr.* disp. 254. n. 14: *Alii denique contractus sunt, qui re ipsa traditioneve perficiuntur, neque antea censentur consummati... Idemque est de ceteris respectivis contractibus innominatis*. Et Laymann lib. 3. tr. 4. cap. 3. n. 2.: *Re sive traditione perficiuntur contractus, qui ipso nomine suo dationem vel factionem significant... Tales sunt mutuatio, commodatio... et omnis innominatus contractus*. Atqui contractus, de quo nobis est heic sermo, ex omnium consensu est contractus innominatus. Ergo non perficitur (ut sophistice ratiocinatur Comitolus) *stipulatione*, sed *re ipsa* seu *traditione* saltem unius partis. Quid autem sit *perfici contractum*, praestat audire ex Lugo, ad quem VV. placuit appellare. Sic itaque Lugo disp. 22. n. 15.: « Sciendum est, contractus quatuor modis perfici: sermo autem est de perfectione non quoad effectum, sed quoad essentiam ipsius contractus. Nam quoad effectum contractus tunc est perfectus, quando impletur id, ad quod obligabat: hoc tamen non est aliquid pertinens intrinsece ad ipsum contractum, sed est effectus illius... Nunc ergo loquimur de complemento intrinseco, quo contractus in se dicitur perfectus et essentialiter integer ». Unde sic: id, quo perficitur contractus, est de eiusdem contractus essentia; atqui contractus quilibet innominatus perficitur *rebus* seu *traditione;* ergo traditio pertinet ad huius contractus essentiam. Atqui contractus sine sua essentia non subsistit: ergo hic contractus non subsistit ante rei traditionem. Ergo abs re allegatur Regula iuris 18., dum supponitur hic contractus in praecedenti quavis conventione consistere. — Communem hanc omnium doctrinam proponunt non minus clare Salmanticenses tr. 14. c. 1. n. 5. aientes: *Inquires, quot modis contractus perficiantur. Et loquimur de substantiali perfectione quoad substantiam contractus, quando nimirum omnia necessaria apponuntur, ut secundum suam speciem subsistat*. Ergo absque iis, quibus contractus perficitur, contractus *nullo modo subsistit*. Hinc quoad rem praesentem Salmanticenses (ibid.) recte concludunt: *Contractus, qui traditione rei perficiuntur, non censentur celebrari ante rei traditionem... nec pariunt ullam obligationem*. In hoc consentit vel ipse Concina, qui postquam praemisit *de Contr.* disp. 1. c. 3. n. 1. quosdam contractus *perfici rei traditione*, mox (ibid. n. 2.) subdit, contractus, qui *rei traditione perficiuntur, non*

ante, sed post traditionem inducere obligationem contrahentes obstringentem. Atqui, uti dictum est, contractus innominatus, cuiusmodi praesens est, perficitur *rei traditione.* Ergo abs re fingitur tum contractus tum fons obligationis huius contractus propriae subsistere ante rei traditionem. Ergo 18. Regula iuris abs re allegatur. Legitimum Regulae huius sensum sic praeter alios exponit Reiffenstuel tom. 6. ad reg. 18. Iur. in 6. n. 4.: *Verus sensus Regulae sequens est:* « *Nullus actus, qui dum perficitur, ipso iure invalidus et nullus est, solo tractu et lapsu temporis sine alio adminiculo convalescit, ut vim et effectum actus ab initio valide gesti habeat* ». Atqui, iterum, contractus hic innominatus *perficitur traditione.* Ergo inaniter obiicitur nullitas praecedentis promissionis. Et de hoc satis.

3° Contendunt VV. pag. 338-340., Roncaglia non *falso,* sed *recte* allegari pro sententia, quae negat valorem contractus, de quo agimus: quod mirum sane videri debet, cum luce solari clariora sint eius verba allegata n. 68. pro sententia affirmante. Sed VV. obiiciunt, Roncaglia ea dixisse *attento iure naturae;* secus vero eum sentire, *si quid detur contra id, quod disponunt leges* (positivae). Hinc afferunt hanc illius resolutionem tr. 13. *de Restit.* c. 6. q. 4.: *Videtur, nullatenus posse retineri, quod datum est donatione illicita et reprobata per leges.* — Resp. Quod Roncaglia a thesi generali, quam clarissime statuerat, excipiat *donationem reprobatam per leges positivas,* id nihil detrahit ipsius thesis veritati, imo illam confirmat iuxta effatum: *Exceptio firmat regulam.* Ceterum nihil reipsa excogitari miserius illa Roncaglia paragrapho potest. Sed hisce immorari nunc nihil attinet.

4° Itidem contendunt VV. pag. 340-342., non *falso,* sed *iure* pro eadem sententia negante allegari Comitolum. Quippe omnes de re turpi conventiones, *excepto meretricio,* irritas esse tenet. — Resp. Thesis nostra generalissima est *de re ex turpi contractu accepta* et pro hac thesi allegatur Comitolus, ut ipsi VV. advertunt. Ergo cum, fatentibus VV., Comitolus quoad meretricium utcumque affirmet, acceptum pretium retineri posse, eo ipso pro generali thesi negante *falso* allegatur. Ceterum quaecumque demum sit Comitoli de hac quaestione sententia, nequaquam par sane est ad ullam conciliandam probabilitatem immanis illa et sophismatum et falsarum tum allegationum tum assertionum congeries, qua omnia susdeque adeo ipse confundit, ut vel ipsa quaestionis propositio absurditatem praeferat, dum quaerit, *An ex turpi promisso stipulationeve aliqua oriatur obligatio.* Nemo enim somniavit, in contractibus eiusmodi innominatis perfectionem, unde est obligatio, in *verbis,* cuiusmodi est promissio, aut in *stipulatione* quaerendam esse. Et VV. quidem non dubitarunt defendere etiam absonam rationem, propter quam Comi-

tolus solvendum meretrici pretium dixit, dum tamen vel ipse Comitolus illius paradoxi novitatem timens, scribebat l. c. n. 13.: *Sequitur, ut meam ipse sententiam exponam: cuius expositio vereor, ne novitate ipsa minus alicui probabilis videatur*. Neque ad rem facit, quod VV. afferunt ex Lessio aiente, *mentem esse legum, ut is, qui dedit, in poenam criminis non possit recuperare*. Leges quippe, de quibus ibi Lessius, ad quaestionem spectant, ubi utriusque *dantis scilicet et recipientis sit turpis causa*, definiuntque ita *potiorem esse possessorem*, ut nec petenti promissum nec repetenti datum actio concedatur. Porro, prout Lessius ibidem lib. 2. c. 14. n. 58. advertit, leges meretrici ad pretium acquirendum concedunt actionem. Ergo aliud est, de quo ibi Lessius, argumentum. Et heic proderit non omisisse, etiam Concinam, qui alioquin magno cum honore Comitolum nominat, non potuisse non notare falsum Comitoli testimonium, de quo dictum est. *Paulus Comitolus*, inquit Concina *De Iust. et Iur.* disp. 2. cap. 10. n. 8., *contendit, hanc esse omnium Doctorum sententiam, duobus exceptis. Soto et Caietano... Fallitur Clariss. Comitolus, dum oppositam sententiam Soto et Caietano tantum adscribit. Compertum quippe est, maiorem Theologorum partem in eandem concedere opinionem*. Sed de hoc scriptore satis superque et ad aliorum allegationes deveniendum.

5° Ac primo quidem VV. conqueruntur pag. 342., quod dicatur, Adriani, Io. Medinae et Navarri allegationes, quas etiam s. Alphonsus refert, videri e Comitolo corrogatas. *Sed falso*, inquiunt pag. 342., *hoc asseritur*. — Resp. Id dicitur *opinando;* nam vox *videtur*, ut ait s. Thomas, *est opinantis*. In hanc autem opinionem adducere id potuit, quod utrobique tum apud s. Alphonsum tum apud Comitolum cernitur erronea ista Iuris allegatio: *L. Mercedem C. De Condict.*, cum legendum sit, *Mercalem*, prouti bene correxit cl. P. Haringer in Edit. Ratisbon. 1846. Ceterum cum haec ipsa erronea Iuris allegatio recurrat apud Concinam l. c. n. 7., verba autem, quibus et haec ipsa iuris citatio et Adriani, Medinae et Navarri allegationes referuntur apud s. Alphonsum, multo magis similia sint verbis, quibus allegantur a Concina, quam quibus utitur Comitolus, utique probabilius videtur, allegationes illas a Concina potius, quam a Comitolo fuisse deductas.

6° Insuper VV. ibid. criminantur, quod Comitolus traducatur ut *facinorosus*, propterea quod ibi dicatur, *in hisce allegationibus cerni facinus Comitolo dignum*. — Resp. *Facinus* latinis, sicut et graecis ἀνδραγάθημα, valet *insigne aliquod factum, actio forti viro digna*. Et utique apud latinos accipitur tum in bonam tum in malam partem: at vero male eo ipso concluditur, traduci quempiam ceu *facinorosum*, cum facinus aliquod ipsi tribuitur; nonnisi enim in malam partem vox *facinorosus* usurpatur.

7° Sed ut ad allegatos Auctores veniamus, duo sunt, quae quoad Adrianum VV. pag. 342-343. advertunt: 1° Comitolum de Adriano hoc tantum affirmare, meretrices posse acceptum retinere non tanquam debitum ex iustitia, sed solum ut donatum. — Resp. *Transeat.* Nam primo utcumque falsam rationem Comitolus adhibeat, non respuit tamen, imo admittit ab Adriano teneri thesim, contra quam allegatur, nempe non esse restituendum quod ex turpi contractu acceptum fuerit. Ergo perperam Adrianus contra thesim allegatur. Sed deinde falsum est, a Comitolo eam rationem reddi; nam, ut ibidem habent ipsi VV., iuxta Comitolum meretrix *accipit tanquam lucrum sibi a lege tributum,* neque hanc rationem, quam a se inventam dicit, Comitolus Adriano tribuit.

Addunt 2° VV. pag. 343., Adrianum plures adducere casus, in quibus restitutionem faciendam docet propter laesam iustitiam; nihil vero opus esse Adriani sensa exquirere circa meretricium, quod alioquin s. Alphonsus excludit. — Resp. Quod restitutio facienda sit propter laesam iustitiam, non ea est aut esse potest quaestio, circa quam s. Alphonsus dixit lib. 3. n. 712., *duplicem esse sententiam probabilem;* nam retineri id non posse, quod *iniuste* retineretur, certum est apud omnes. Et si quidem hoc loco s. Doctor non agit de *lucro commutativam iustitiam laedente* neque iterum de *lucro ex meretricio* et alioquin ne ipsi quidem VV. apud Adrianum quidpiam inveniunt, quod spectet ad *lucrum ex facto utique turpi, non tamen iniusto;* quorsum igitur s. Alphonsus allegat Adriani textum §. *Restat inquirere,* ubi agitur *de concussione seu extorsione,* idest de peccato contra iustitiam? Concedant ergo, Adrianum gratis et abs re afferri et s. Alphonsum eam allegationem bona fide transscripsisse, a Comitolone an a Concina, nihil refert. Sed insuper multo melius VV. veritatis iura servassent, si non tacuissent, Adrianum de alio quolibet turpi lucro (non laedente iustitiam) idem plane sensisse, quod de lucro meretricio ac proinde in quaestione, quam tractat s. Alphonsus, sententiam tenuisse plane illi oppositam, quam ipsi s. Doctor adscribit. Et sane Adrianus in quaestione, a Comitolo quoque allegata, quae incipit, *Oritur alia quaestio* fol. 76. Edit. Rom. 1522., postquam dixit, meretricem *licite tenere percepta et de illis pro arbitrio disponere posse* et idem tenendum esse de *meretrice non publica,* subdit: *Idem puto de iis, qui sceleribus suis favorem aliorum et munera sibi impetrarunt.* Heic, uti patet, sermo est de delictis a meretricio diversis. Cur ergo hoc VV. dissimularunt? Rursus in Nota (cf. n. 73.) cernuntur ea, quae Adrianus respondet ad textus iuris, quibus irritae declarantur pactiones turpes. Respondet enim: *Nec textus ibi aperte dicit, promissionem factam viro ob turpem causam* PRAECEDENTEM *non valere,* SED SOLUM... DE TURPI CAUSA FUTURA... *Secus videtur, cum iam turpitudo transierit et sit quasi purgata.* Porro Adrianus heic

neque de crimine contra iustitiam loquitur, quia negat alibi lucra *iniusta* posse retineri; neque de meretricio, pro quo etiam Comitolus fatetur, actionem ad pretium repetendum a iudice non consuevisse negari: ergo agit de lucro ex aliis praeter meretricium turpibus factis percepto. Cur igitur et hoc VV. dissimularunt? Ergo concedant, s. Alphonsum bona fide allegasse Adrianum pro opinione, cuius contrariam Adrianus docet et simul concedant, ex huiusmodi allegationibus nullam, nisi fictitiam, probabilitatem opinionibus accedere.

8° Transeamus ad Io. Medina, de quo, non secus ac de Adriano, VV. desiderandum relinquunt sincerum illud veritatis studium, quo nulla huiusmodi discussio carere debet.

De Medina, in Nota ad Gury subiecta, solum curae fuit, particulam illam tangere, e qua ansam quidam sumpserant eum opponendi communi DD. sententiae. Mentem illius itaque heic praestat exponere; exinde enim quaelibet evanescet dubitatio. Et in primis est profecto aliquid, in quo Medina ab aliis discedere videtur; sed id non spectat ad quaestionem, quae est, an accipi ac retineri licite turpe lucrum possit, sed mere spectat ad rationem reddendam; non secus ac s. Alphonsus (l. c.), dum communem sequitur sententiam, quam probabiliorem dicit; rationem tamen aliam, ac quidam alii attulerint, maluit adoptare. Medina itaque (cod. *de Rest.* pag. 133. Edit. Ingolst. 1581.) censet, titulum contractus non debere dici *pretium* nefarii operis, sed potius *donationem*. Ita ille: *Meretrix nec publica nec occulta potest pretium prostibuli recipere nec retinere velut pretium illi nefario operi correspondens, nisi alia causa concurrat, qualis est donatio ipsius dantis, qui libere illi vult donare, non obstante quod opus ipsum turpe sit causa sine qua non talis donationis. Nec placet eorum sententia, qui dicunt, meretricem posse licite mercedem prostibuli recipere per viam mercedis, etiam via donationis seclusa.* Ita Medina, nimirum ne diceret, vendi peccatum. Veruntamen cum notio *donationis,* quae onus alteri imponit, sit absurda; Medina tandem rem explicat plus minus, sicut et alii et adoptat rationem, quae deinde etiam s. Alphonso placuit. Nam pag. 134. sic sibi obiicit: *Sed obiicies, quia in lucro meretricio non videtur concurrere donatio liberalis, sed alius contractus locationis, quo corpus ad usum fornicarium locatur, vel innominatus, scilicet dabo ut facias vel consentias in hoc, ut in exemplo supra ex Genesi citato apparet, in quo Iudas et Thamar expresse super pretio convenerunt.* Quid ad ista Medina? nimirum necesse illi fuit obiecta concedere, licet conciliare utcumque ista cum praecedenti theoria studeat. Sic itaque ipse: *Respondetur: Esto ita sit, quod talis contractus et pactum interveniat; adhuc est in illo contractu admixta donatio, qualis reperitur in actu emptionis aut locationis, in quo quis dat pretium excedens valorem rei,*

in cuius datione nec metus nec coactio nec ignorantia intervenit, sed spontanea voluntas. Non quaeramus modo, quo pacto iuxta Medina secerni possit, quae pars *mercedis*, quae *donationis* locum teneat; hoc interim manifestum est, aliquid tribui, quod *pretii*, seu *mercedis* rationem habet. Medina ergo demum ad communem sententiam se recipit: quae vero ab eo additur explanatio, eo tandem spectat, ne, quidquid detur, pretium peccati dicatur, quia, uti cum aliis ipse repetit, peccatum, qua tale, *est invendibile.* Qua de causa etiam s. Alphonsus (l. c.) vult, ut titulus pretii non sit *peccatum;* sed opus qua *laboriosum*, qua *ignominiosum*, qua *periculosum* est.

Neque opponant heic VV., haec a Medina dici de *meretricio*, quod in quaestione s. Alphonsus excludit, non vero de aliis delictis. Nam deinde Medina de aliis quoque turpibus causis fol. 134. haec addit: *Ex dictis patet, qualiter possint a debito restituendi turpiter acquisita excusari lenones, histriones, adulatores et reliqui ad opera nefaria conducti, ut ad occidendum, percutiendum, infamandum aliasque iniurias inferendum.* Concedant igitur VV., etiam Medina in hac quaestione perperam pro opposita opinione a s. Alphonso allegari, undecumque demum s. Doctor allegationem istam desumpserit; concedant etiam, allegationem Medinae non posse probabilitatem, nisi solum fictitiam, illi opinioni conciliare. Levissimis autem quaestiunculis, quibus VV., nodo controversiae omisso, fusius circa discrimen occultae aut publicae meretricis immorantur, operae pretium non est detineri.

9° Quod ad Navarrum attinet, scribunt VV. pag. 346.: *Sententiam Navarri P. Ballerini perverse allegat, prout ex seqq. propositionibus videre licebit.* — Resp. Quae pauca de sententia Navarri dicuntur, his continentur: 1° Acceptum maleficii seu turpis operis causa retineri etiam in foro conscientiae posse, nec necessario esse restituendum, contra ac s. Alphonsus ipsi Navarro affingat: 2° Non placuisse Navarro rationem, quam de hac doctrina omnes reddunt cum s. Thoma. Atqui nihil per quinque illas suas columnas VV. promunt, quod his contradicat.

Et re ipsa I. ex *Man.* c. 17. n. 32. VV. haec Navarri obiiciunt (l. c.): *Licet pactum vel conventio, qua quid ob maleficium datur, non valeat in illa forma, quam partes solae praetendunt facere, valet tamen, ut donatio quaedam virtualis, vel ut quidam actus habendi pro derelicto.* — Resp. Haec id confirmant, quod n. 69. dicitur, nempe 1° retineri posse accepta ob maleficium: 2° Navarrum, relicta ratione, quae ab aliis affertur, aliam qualemcumque excogitasse.

II. Afferunt VV. (l. c.) ex n. 38., Navarrum non admittere, quod habet Sotus, scil. *foedam operam, licet nullius sit pretii, quatenus est peccatum, nihilominus pretio aestimari posse, quatenus est res quaedam usui hu-*

mano accommodata. Et ratio Navarri est: *quoniam omnis opera exterior, qua peccator operatur peccatum, ut plurimum est talis* (scil. usui humano accommodata) *et tamen nullus unquam catholicorum dixit licite posse pro ea, saltem quando est intrinsece mala..., capi aliquam mercedem.* — Resp. Haec confirmant id, quod dicitur, rationem, ab aliis allatam, non placuisse Navarro nunquam non urgenti, peccatum, *qua tale,* non esse vendibile. Ceterum haud inutiliter VV., etiam ad defendendum s. Doctorem Alphonsum, notassent heic in Navarro sophisticam agendi rationem; quando ex eo quod *nemo catholicorum dixit, peccatum,* QUA TALE, *mereri mercedem,* idipsum concludit contra Sotum de opere peccaminoso etiam qua *utile* est. Nunquid enim non huc collineat ratio, quam Navarrus ipse fatetur ab omnibus communiter cum s. Thoma adduci et cui etiam s. Alphonsus insistit? Eodem autem spectant ea, quae VV. pag. 347. proferunt ex n. 40., ubi Navarrus concludit: *Sic ergo actus delinquendi, licet sit in se vendibilis, coniunctus tamen peccato, quod est invendibile, indivisibiliter, non potest licite vendi.* Qua de re idem Navarrus n. 38. iam scripserat: *Licet argumentum Medinae non concludat, operam illam de se et in genere entis esse invendibilem, concludit tamen, esse invendibilem in genere moris;* quia nempe *peccatum nullius est pretii,* prout ibidem praemiserat cum Soto et n. 40. in eundem sensum addit: *licet aliquid sit in se vendibile, non tamen potest licite vendi, cum miscetur invendibili.* Nimirum chorda semper oberrat eadem, *peccatum non esse vendibile,* dum alioquin concedens opus *per se* esse vendibile, arma contra se adversariis suppeditat; qui ad instantiam, quod opus illud non sit vendibile in genere moris, forte respondebunt, opus ipsum in se vendi et pro opere pretium exigi, non vero vendi *operis moralitatem.* Et si quidem vendi non potest opus per se vendibile, quia, ut Navarrus ait, indivisibiliter iungitur invendibili, nempe operis moralitati: forte videbitur ne opus quidem recte factum vendi licite posse, ne scilicet vendatur eius moralitas; neque enim magis vendibilis videtur bona moralitas, quam moralitas mala. Sed haec iam seponendo, satis patet, nihil hucusque VV. protulisse, quod ostendat, *in Nota sententiam Navarri fuisse perverse allegatam.*

III. Denique afferunt VV. ex n. 41., quid Navarrus dicat suadendum iis, quibus promissum quidpiam pro turpi opere fuerit. Et hoc iam l. c. indicatum a nobis fuerat, scilicet, ut *delictum non sit causa principalis petendi promissa, sed causa impulsiva et occasio, sine qua non peteret.* Quo spectat etiam, quod VV. afferunt ex n. 40., ubi Navarrus loquens de sententiis a se retractatis, monet perperam id accipi, quasi fateretur, promissum pro turpi causa peti posse. Quocirca neque quoad hoc accusare nos VV. possunt, quasi perverse Navarri sententia a nobis allegetur.

Contra desiderandum erat, ut non obtruncarent responsum eiusdem Navarri ad eum, qui ipsi obiiciebat retractationem. *Quidam*, inquit n. 40., *hic opponit, primum tenuisse me in Enchiridio Hispano feminas coniugatas et Deo sacratas peccare accipiendo turpe lucrum pro causa turpis concubitus* (non bene VV. heic substituunt *causa fornicationis*). *Secundum* etc. Et huic primo capiti reponit: *Respondetur primo, supervacuum fuisse notare primum...; cum ipsemet asseverem ore pleno, praefatam mutationem fecisse.* Et reipsa sicut n. 34. de meretrice scribit: *Acceptum a meretrice ob turpem causam fornicationis, non est necessario restituendum etiam in foro conscientiae;* ita id extendit ad alia crimina n. 31. inquiens: *Meretrix non tenetur de praecepto restituere id, quod pro mercede prostibuli accipit et neque aliae mulieres solutae, coniugatae vel sacrae.* Itemque n. 41. loquens de homicida, qui illectus promissis et *accepta parte eorum* crimen commiserat, *Consuluimus* (inquit Navarrus), *ut caveret, ne peteret reliqua* (promissa scil., sed ex parte nondum soluta) *tanquam sibi debita, iustitia legali;* sed de restituendis iis, quae acceperat, Navarrus sibi cohaerens penitus silet. Hoc autem adnotandum erat, ut constaret, Navarrum, ubi negat restituenda esse accepta ob turpem causam, id non de meretricio solummodo, sed et de aliis criminibus, de quibus s. Alphonsus disserit, statuisse.

Illud itaque, quod de Adriano et Medina diximus, et de Navarro concludamus, scilicet quod ad controversiam attinet, possitne licite retineri acceptum pro aliis praeter meretricium causis turpibus, nullo iure Navarrum allegari, adeoque et eiusmodi allegationem non posse, nisi fictitiam probabilitatem addere.

10° Carpunt VV. p. 348. exemplum allatum n. 69., *sutoris calceamenta per nefas conficientis die festo, quasi calceamenta non possint esse causa, sed solum occasio solvendi pretium dici debeant*, prout Navarrus de maleficiis dixit et subdunt: *Exemplum non quadrat, quia de opere agitur, quod in se malum et illicitum non est ac sutor iustum titulum habet pretium operis exigendi, scilicet iustum validumque contractum, qui alteram partem ex iustitia ad solvendum obligat.* — Resp. Quaero: Contractus conficiendi per nefas calceamenta die festo, validusne est, an irritus? Si validus dicitur; ergo obligabit sutorem ad peccandum? Si irritus: quo titulo sutor pretium exigit? Alterutrum ergo definiendum: aut enim cum communi sententia dicendum est, eiusmodi contractum innominatum, *do ut facias*, perfici solum rei traditione seu operis positione et post factum obligationem solvendi adesse, licet alter in opere ponendo peccaverit; pretio autem opus dignum duci, ut ait s. Alphonsus, qua *laboriosum:* aut cum Navarro dicendum est, opus in se quidem vendibile esse, sed cum coniunctum sit indivisibiliter cum invendibili, idest, cum

peccato, eo ipso, utpote nullius pretii, non posse licite vendi; opus ergo peccaminosum (ut concludebat Navarrus) non posse causam principalem esse petendi promissa, sed *causam dumtaxat impulsivam aut occasionem*, sine qua non peteretur. VV. nimirum communibus heic principiis ratiocinando utuntur; at communibus principiis qui utatur, aegre rationem potest reddere anomaliarum Navarri, qui in hac controversia discedere se a communibus omnium principiis sine ambagibus profitetur. Ceterum iustum titulum exigendi VV. in sutore ideo reperiunt, quia consuendi calceamenta labor est idonea materia contractus. At enim nunquid idonea materia contractus non est usus concessus corporis? Profecto hanc dicimus omnes esse materiam contractus matrimonialis et quidem ita, ut si coniux coniugi hunc usum neget aut copiam sui faciat alteri praeter coniugem, graviter dicamus contra iustitiam peccare. Ideo et Navarrus, hoc opus per se esse vendibile infitiari non potuit.

11° Valde commoventur VV. propter ea, quae n. 70. de *Collet* dicuntur et hunc per sex columnas p. 348-351. assumunt, uti aiunt, *vindicandum ab immeritis P. Ballerini obiurgationibus*. Verum non levis hac in re intercedit difficultas. Quippe quae a nobis l. c. dicuntur, sunt ex *Colleti* Editione Parisiensi; VV. vero utuntur Editione Veneta, quae a Parisiensi quoad hoc argumentum valde differt: quin et ipsi VV. p. 349. monent, *duplex esse opus a Collet conscriptum*. Et si res ita se habet, nunquid obiurgatio eorum, quae prostant in editione Parisiensi, ideo immerita erit habenda, quia ista in editione Veneta diversimode leguntur? Ceterum quoad quaestionem nostram, quod nosse nunc interest, non est utrum Collet obiurgatione quapiam sit dignus, sed utrum quid extundi ab eo pro causa possit. Porro nihil, quod alicuius sit momenti, ipse affert; tempora vero, quibus auctoritati Collet et huius farinae scriptoribus aliquid deferatur, ex quo divina benignitas praesertim per s. Doctorem Alphonsum disciplinam moralem in antiquiorem reduxit viam, iam transierunt. His adde, quod Collet quaestionem, *an retineri turpe lucrum licite possit*, restringat ad meretricium; de quo s. Alphonsus l. c. scribit: Quoad *meretrices commune est et certum inter DD., quod possint retinere pretium meretricii praestiti*. Quid igitur probabilitatis, nisi prorsus *fictitiae*, ex Colleti allegatione apud ipsum s. Alphonsum erui potest, quando quaestionem, de qua s. Alphonsus, Collet ne minimum quidem tangit?

12° Quoad Lessium dictum est n. 71., frustra eum apud s. Alphonsum allegari, ut probabilis censeatur opinio negans, tum posse retineri pro turpi causa acceptum, tum valere ob turpem causam promissiones. Ratio reddebatur, quia Lessius id *affirmat tantummodo de criminibus, quae positivo iure puniuntur*; *quae quidem nihil ad generalem quaestionem secundum ius naturae pertinent*. At ecce VV. pag. 351-352.

intentant accusationem falsae allegationis vel interpretationis et aliquatenus lepide concludunt pag. 352.: *Si falsa alicuius auctoris allegatio vel interpretatio facinus esset, prout supra dixit P. Ballerini,.. ipse cl. Professor hac Lessii interpretatione certe facinus non leve commisisset.*

Resp. Quoad huiusmodi *facinora* illud vere dolendum, quod VV., viri alioquin egregii, semet adeo peregrinos in latina lingua omnibus probent. Sed his praetermissis, ad rem veniamus.

Allegant VV. l. c. haec ex Lessio lib. 2. c. 18. n. 20.: *Adverte tamen, probabile esse, eum, qui aliquid promisit pro opere malo,* QUOD LEGIBUS PUNITUR, *ut pro homicidio, adulterio, furto et similibus, non teneri ad implendum promissum etiam opere secuto; quia est communis sententia Doctorum utriusque iuris, ut docet Covarruvias* sup. n. 6. Et subdunt: *Claris ergo et dissertis verbis loquitur de maleficiis iuri naturali adversantibus... ac proinde ad ipsum dicit, quod dicit s. Alphonsus: Pro aliis vero maleficiis... duplex est sententia probabilis.* — Resp. Lessius disserit de obligatione, quae proficiscitur non ex iure naturae, sed ex *iure positivo* et idcirco apposuit illa verba, quae et in *Nota* signanter expressa cernuntur: *opere malo, quod* LEGIBUS PUNITUR. Alia vero est, nec speciali hoc limite constricta, thesis s. Alphonsi, qui idcirco recenset inter ea crimina etiam *fornicationem,* de qua silet Lessius; quia scilicet non est crimen, quod puniatur. Propterea Lessius mox subdit: *Quamvis responderi possit,* LEGES ILLAS ET SIMILES *ita accipiendas esse, ut significent non valere tales stipulationes ante factum, neque etiam post factum dari ius petendi promissum in foro externo: non autem earum mentem esse,* TOLLERE OBLIGATIONEM NATURALEM, QUAE EX EIUSMODI OBLIGATIONIBUS *oritur. Vid. sup. cap.* 14. *dub.* 8. Ita Lessius, cuius textus ideo quoque non debuit a VV. per horum praeteritionem succidi, ne quis forte in ipsos retorqueat non leve illud *facinus,* quod P. Ballerini ipsimet impegerunt. Et quidem haec Lessii mens etiam magis elucet inspicienti, quaenam sit communis illa DD. sententia, pro qua ad Covarruviam remittit. Eo enim loco (In C. Peccatum part. 2. §. 2. n. 6.) has conclusiones proponit: *Apud iudicem exteriorem nemini licet agere ad mercedem vel pretium eius operis, quod habet crimen ab eodem iudice poena exteriori puniendum.* Quoad forum autem internum aliam conclusionem sic subdit: *Utcumque humana lege denegata sit repetitio eius, quod ob crimen et maleficium datum fuerit, non tamen ideo accipiens tutus erit in animae iudicio, si alioquin vel ratione materiae, quae vendibilis non erat, vel ex eo quod conventio fuerit iniqua, tenetur ad restitutionem:* quibus docet, retineri posse acceptum, nisi forte laesa in eo iustitia fuerit. Secus enim, subdit ipse, *sequeretúr inde artificem aut fabrum conductum ad fabricandum id, quod iure vetitum exstat,... teneri ad restitutionem eius, quod ob fa-*

bricam in mercedem laboris acceperit; sic et miles conductus ad bellum iniustum quodque ipse iniquissimum esse certo scit, teneretur restituere mercedem iure conductionis sibi praestitam et tamen nec artificem nec militem ad restitutionem..... damnarem, nec compellerem in animae iudicio, nec opinor cogi posse. Mille profecto possent ad haec exempla proponi. Concludatur ergo quaestionem Lessi diversam omnino esse a quaestione s. Alphonsi atque adeo hanc eiusdem allegationem ad asserendam probabilitatem opinionis, pro qua allegatur, conferre nihil.

Rursus de Lessio VV. scribunt l. c.: *Cap. 14. d. 8. Lessius quaestionem pertractat: Utrum acceptum ob turpem causam sit necessario restituendum. Exponit primum et approbat sententiam negativam ac dein* n. 60. *addit: Dico tertio. Etsi haec sententia verior sit, contraria tamen, quae censet, id quod acceptum fuerit ob crimen legibus punibile (nisi censeatur donatum), esse restituendum, non est improbabilis, ut docet Covarruvias* sup. n. 6... *habetque rationes ex legibus petitas utcumque probabiles.* Et post haec immediate concludunt, in *Nota* falso allegari aut explicari Lessium. — Resp. Eadem, ac supra, recurrit responsio et reipsa Lessius ibi cap. 18. n. 20. ad hunc locum cap. 14. dub. 8. lectores remittit. Respondendum igitur, Lessium haec non dixisse *spectato iure naturae,* sed *iure mere positivo.* Et reipsa quod attinet ad *ius naturae,* absolute in antecessum statuerat n. 52. hanc thesim: *Dico primo. Si solum ius naturae spectetur, acceptum ob turpem causam seu propter opus, quod est peccatum, opere impleto non est necessario restituendum, sive illud opus sit contra iustitiam sive non.* Transiens deinde ad *ius positivum,* minus absolute sic proponit n. 56. secundam thesim: *Dico secundo: Verius etiam videtur, neque iure positivo id necessario restituendum.* Demum post soluta contra secundam hanc thesim obiectiones, tertiam thesim n. 60. sic proponit: *Dico tertio: Etsi haec sententia verior sit, contraria tamen, quae censet, id quod acceptum fuerit ob crimen legibus punibile... esse restituendum, non est improbabilis.* Porro verba illa: *Etsi haec sententia verior sit,* manifeste referuntur non ad *remotam primam* thesim, quae rem tractat iuxta ius naturae, sed ad *proximam* secundam, quae agit de *iure positivo* idque ex eo confirmatur, quod tertia thesis a Lessio constringitur ad crimina *legibus punibilia,* quod locum quoad ius naturae nullum habet ac demum idipsum evincitur ex citatione Covarruviae, ad quem etiam heic lectorem Lessius amandat. Atqui s. Alphonsus de hac quaestione disputat secundum *ius naturae,* non vero disserit de exceptione criminum, quae in foro externo positivis legibus puniantur. Redit ergo conclusio, quod allegatio Lessii apud s. Alphonsum probabilitatem mere *fictitiam* inducere potest.

13° Quod attinet ad Diana, quem VV. pag. 352-354. iure contendunt apud s. Alphonsum allegari, brevissime res expediri potest.

Nam 1° Diana tom. 8. tr. 7. rel. 59. quaestionem non facit, nisi de meretricio, ut manifestum est etiam ex textu a VV. prolato. Atqui s. Alphonsus l. c. de aliis tantummodo criminibus disputat, non vero de meretricio, quod a controversia sua, ut non semel ipsi VV. fatentur, positive et expresse excludit. Ergo allegatio Dianae ad quaestionem s. Alphonsi nihil pertinet. Ergo probabilitas, quae ab allegatione Dianae quaeritur, est prorsus *fictitia.* — 2° Diana qualemcumque illam probabilitatem superstruit auctoritati Durandi, Medinae, Navarri, Comitoli et Valeri. Atqui ex praemissis patet, Navarrum, Medinam et Comitolum inaniter invocari: circa Durandi vero et Valeri sententiam, utpote in re manifesta, ne ipsi quidem VV. dubitationes iniicere tentarunt. Ergo quoad argumentum extrinsecum nulla, nisi *fictitia*, extundi potest probabilitas. — 3° Quoad intrinseca vero argumenta, Diana ipse (ut diximus n. 71. nec. VV. ausi sunt in dubium vocare) *falsam* alibi contendit esse rationem, quam heic affert. Ergo, prout l. c. iam dictum est, ipse per se Diana inanem istam probabilitatem destruit, quae nec ratione ulla, nisi *falsa*, nec ulla, nisi *fictitia*, auctoritate nititur.

14° Advertunt VV. pag. 354-355., a nobis silentio praetermissum Concina, quem s. Doctor cum praemissis allegat et deinde eius doctrinam ex Compendio excerptam referunt. Resp. Concina nititur allegationibus, quarum partim superius, partim in hac responsione ostensum est, nullam esse vim, nec alias rationes affert, quam quae a s. Alphonso refutantur. Praeterea, uti alias iam dictum est, s. Alphonsus Concinam appellat *rigidissimum;* repetendum igitur etiam heic est, Auctoris rigidi suffragium satis valere, cum indulget, non item quando damnat. Ergo de Concina disserere heic supervacaneum est.

15° Denique cum (n. 71.) diceretur: *Quod attinet ad Doctores non ignobiles, quos Tamburinius appellat, neminem alium reipsa memorat praeter consuetos Navarrum, Comitolum et Valerum, quorum nomina a Diana se mutuatum dicit;* subdunt VV. pag. 355.: *Hinc abs re non erit, et huic animadversioni respondere; etenim praeter auctores, quos pro eadem sententia, secluso meretricio, s. Alphonsus, Collet et Concina citant, reipsa multi sunt doctores non ignobiles, qui hanc sententiam aut indistincte, aut quoad peccata contra iustitiam commissa tenent atque propugnant, aut saltem probabilem censent.*

Sed duo quoad ista occurrunt animadvertenda. Nam primo quidem Collet, sicut et Diana, quaestionem agit solum de *meretricio*: porro VV. expresse heic quaerunt auctores pro quaestione, quae *meretricium* excludit; ergo abs re quaerunt Doctores a Collet allegatos. Deinde vero non

minus abs re invocantur auctores, qui eam sententiam aut teneant aut probabilem censeant *quoad peccata contra iustitiam commissa*. Etenim praetermisso nunc, quo sensu accipienda sit haec quaestio et utrum alii statum quaestionis rite intellexerint, hoc interim manifestum est, hanc esse controversiam omnino specialem, quae et specialibus rationibus dirimenda venit, atque adeo ad summum praeferre potest exceptionem a thesi generali. Atqui praesens quaestio generalis est, non vero versatur circa casum quempiam speciali de causa forte exceptum. Ergo quatuor auctores, quos VV. pag. 356-357. in hanc rem promunt, abs re allegantur.

Supersunt itaque tredecim alii a VV. allati pag. 356-360., nempe *Henno, Amort, Trullench, Dicastillus, Mastrius, Bassaeus, Tamburini, Herincx, Wigandt, Billuart, Gotti, Struggl* et *Cuniliati*.

Atqui ex tredecim istis delendi sunt omnino *octo*, nimirum *Trullench, Dicastillus, Mastrius, Bassaeus, Herincx, Billuart, Gotti* et *Struggl*. Ratio est, quia, ut palam faciunt horum auctorum textus ab ipsis VV. allati, auctores isti non generalem quaestionem ibi instituunt secundum *ius naturae*, cuiusmodi est quaestio, quam s. Alphonsus pertractat, sed quaestionem tractant specialem de *crimine seu opere malo, quod legibus punitur* et controversia sic proposita, utique, non secus ac affirmari a Lessio superius vidimus, aliquam probabilitatem tribuunt opinioni a Iurisconsultis praesertim et Canonistis receptae, nempe, *spectato positivo iure*, turpis operis mercedem retineri non posse, sed restituendam esse aut danti aut fisco aut pauperibus, de quo deinde DD. inter se disputant. Atqui qualiscumque eiusmodi probabilitas de speciali hac opinione nihil omnino detrahit certitudini sententiae circa generalem quaestionem ex naturali iure diremptam; imo cum sit exceptio a thesi generali, iuxta notum effatum, confirmat regulam in contrarium. Ergo.

Qua in re minus est probandum, quod VV. sententiam Trullenchi desumunt ex Summario praemisso dub. 2. c. 17. lib. 7., ubi legitur: 1° *Ante operis patrationem nec promissor nec promissarius tenetur, imo promissor tenetur revocare promissum: patrato autem opere malo obligatur ex iustitia solvere promissum; 2° oppositum probabile.* Postrema haec verba avide arripiunt VV. pag. 358., quasi probabilis ibi dicatur opinio generali illi thesi opposita. Atqui non ita se res habet. Quod enim in § 2. ad rubricam illam Summarii spectat, hoc est: *Lessius ait probabile, eum, qui aliquid promisit pro opere malo, quod legibus punitur, ut pro adulterio, homicidio, furto et similibus, non teneri adimplere promissum etiam opere secuto.* Ergo, ut superius dictum est, heic proponitur tantummodo exceptio de casu speciali non secundum *ius naturae*, de quo in prima thesi, sed secundum *leges positivas;* nequaquam autem ibi probabilis declaratur propositae thesis contradictoria. Quin imo Trul-

lench post Lessium ibidem subdit, *mentem harum legum non esse, tollere obligationem naturalem, quae ex huiusmodi promissionibus onerosis oritur.*

Quinque ex auctoribus, quos prompserunt VV., supersunt: e quibus *Henno* et *Amort* revera pro opposita stant opinione. At enim quibus rationibus rem evincunt? Audiatur Henno *de Rest.* disp. 6. q. 5. concl. 1.: *Contractus illi* (inquit), *utpote onerosi, debent tam promissarium, quam promittentem obligare: atqui non obligant promissarium, cum nemo obligari possit ad peccandum; ergo nec obligant promittentem.* Ita textus Henno ab ipsis VV. relatus. Porro hoc est, uti patet, vel ignorasse vel posthabuisse prima huius materiae elementa, quae tradunt, huiusmodi *innominatos contractus* non promissione perfici, sed perfici atque adeo parere obligationem solum post rei seu operis traditionem aut positionem. Suntne ista eiusmodi, ut aliquam vel modicissimam thesi dent probabilitatem? Atqui iisdem armis pugnat et Amort tr. 6. §. 1. q. 7. prob. 3.: *Si contractus* (ait) *de opere turpi essent validi et obligatorii, tum vel obligarent utrumque contrahentium vel unum tantum: neutrum dici potest; ergo. Min. prob. Si dicitur obligari utrumque, tunc manifestum esset, unam partem contrahentium obligari ad peccandum: sed hoc implicat; ergo.* Ita Amort, prima moralis disciplinae principia conculcans. Porro ut opinio aliqua censeatur aliquo modo probabilis, etiam s. Alphonsus postulat, ut *gravi* aliqua et *solida* ratione nitatur. At vero estne solida ratio, quae ex oblivione primorum principiorum sua habet natalia? Concludamus itaque, et quidem duce s. Alphonso, tantum probabilitatis hosce auctores addere illi opinioni, quantum ista sophismata valoris habent.

Reliqui ex tredecim allegatis iam sunt tres, *Wigandt* scilicet, *Cuniliati* et *Tamburini.* Et de Tamburini quidem nihil attinet nunc ea repetere, quae dicta sunt n. 71., videlicet eum nulla, nisi falsa, auctoritate assertum suum communivisse et hoc quidem heic evidentius facto ipso confirmatum est. Illud addi potest, eum non minus false *Valentiam* aliis falsis allegationibus coniunxisse. Neque enim Valentia, qui in 2. 2. disp. 5. q. 7. punct. 5. §. 2. communem sententiam tuetur, dixit unquam, oppositam opinionem esse probabilem. Insuper Valentia disserit solum, *An publicae meretrices possint pro turpi actu accipere et retinere aliquid tanquam mercedem.* Ergo Valentia heic allegaretur abs re; quippe controversia s. Alphonsi casum meretricii expresse, ut pluries iam diximus, excludit. Addiderim vix apparere, quomodo VV., dum auctores corrogant, ut ostendant, Tamburini iure dixisse, non deesse *non ignobiles scriptores* etc., inter hos scriptores etiam Tamburini enumerent.

Quod attinet ad *Wigandt,* eatenus hic tr. 8. examen. 4. n. 54. videri potest oppositae opinioni aliquam tribuisse probabilitatem, quatenus sen-

tentiam communem dicit *probabiliorem;* nam reipsa oppositam opinionem ne memorat quidem neque innuit, duplicem de hac re esse sententiam. Porro aliquid ponderis huic argumento concedi posset, si divinare nobis daretur, forte nova quapiam ratione, aut suffragio auctoritatis aliquo nobis adhuc incomperto *Wigandt* ductum fuisse. At quousque id non appareat, licebit profecto assertionem istam Wigandt eo loco habere, quo habetur aliquid gratis assertum.

Superest denique *Cuniliati*, cui iungemus et *Mastrium;* quandoquidem uterque, non secus ac Wigandt, *probabilem* censeri possent habuisse oppositam opinionem; quia et ipsi *probabiliorem* appellant communem, quam defendunt, sententiam. At qualecumque hoc Mastrii suffragium satis miserabile se prodit. Pro opinione opposita illud nimirum miserum argumentum affert, quo et consodalem suum *Henno* usum esse iam vidimus, et post eos etiam *Amort.* En Mastrii argumentum, uti etiam apud VV. p. 358. prostat: *Contractus de re turpi ante factum est nullus: alioquin ad peccandum obligaret...; ergo etiam post factum.* Quid porro huic argumento respondeat, quisquis prima elementa *de contractibus* non ignoret? *Concedo*, inquiet, *Antecedens* et *Nego Consequentiam;* quia huiusmodi innominati contractus non *verbis* et *promissione*, sed *rebus* seu *traditione* aut *operis positione* essentialiter constant et perficiuntur et tunc solum obligandi vim assumunt.

Nec minus misera dici debet allegatio Cuniliati, quam VV. pag. 360. sumpsisse se dicunt ex Editione Veneta an. 1796. In primis enim verus Cuniliati tr. IX. cap. V. §. 10. doctrinam communem docet absolute neque oppositae sententiae ullam mentionem iniicit. Quae autem a VV. afferuntur, non sunt Cuniliati, sed pertinent ad additamentum, quod manifeste apparet alterius manus assumentum. Et quidem ignotus hic additionum auctor, si aliquatenus a sententia *Cuniliati* discedit, rationem non dissimulat, qua fuit permotus. Videsis enim ibi consuetas allegationes *Comitoli* et *Collet* cum *damnato opere Henrici a s. Ignatio* et *ignoto Anonym. auctore Collat. Paris.* a Collet allegatis: quibus deinde subiicit compendiatim quae de hoc argumento Concina et Antoine dixerunt. Quid itaque hoc valeat eiusmodi fundamentis innixum? Sed deinde quoad VV. causam, alia ex parte claudicant. Nam superius iam advertimus, tum *Concina*, tum *Collet cum suis* de meretricio dumtaxat disceptare. Atqui VV. *probabilitates* quaerunt a *Scriptoribus non ignobilibus* non in causa meretricii, quam et ipsi huc non pertinere cum s. Alphonso contendunt, sed in causa turpis lucri ex aliis criminibus quaesiti et recepti. Ergo et istae allegationes pares non sunt ad probabilitatem, nisi *fictitiam*, pariendam.

Liceat igitur tandem concludere, VV. per quinquaginta et quatuor illas columnas nihil prorsus attulisse idoneum ad id infirmandum, quod a

nobis dicebatur, nempe *probabilitatem opinionis*, quam et s. Alphonsus posthabet, *fictitiam prorsus esse, utpote quae nulla ratione, nisi falsa nec ulla, nisi ficta, auctoritate nititur.*

V. 4. Item si contractus sit factus vi, dolo vel errore versante circa rei substantiam: v. gr. si acetum pro vino, vitrum pro gemma vendidisti.

75. Violentum dicitur quod est ab extrinseco, voluntate repugnante. Ergo quod vi agitur, agitur contra voluntatem. Atqui ubi non est voluntas, nullus esse potest contractus, qui est consensus liber voluntatis. Ergo patet, contractum vi factum ex natura sua esse invalidum.

Error vero sive ignorantia circa substantiam obest validitati contractus. Ratio, quia errans non consentit in substantiam praesentem, sed in aliam, quam contractui subesse putat. Ergo contractui circa praesentem hanc substantiam deest consensus. Ergo ipso iure naturali eiusmodi contractus est invalidus.

Proinde haec nullitatis ratio redditur etiam in iure positivo, ubi dicitur l. *Cum testamentum* Cod. *de Iuris et facti ignorantia*: « *Cum errantis voluntas nulla sit* » et rursus l. *Non idcirco* Cod. eod. tit. « *Cum nullus errantis sit consensus* ».

76. Quod ad valorem contractus attinet, perinde est sive in errore circa substantiam intercesserit dolus, sive absque dolo res peracta fuerit. In utroque enim casu deest essentiale aliquid contractui omni, scil. consensus atque adeo semper est invalidus.

Hoc tamen intercedit discrimen, quod qui dolo induxit ad contrahendum, erit possessor malae fidei et tenetur ad reparandum damnum ex iniusta acceptione; si vero absit dolus, erit possessor bonae fidei et quoad forum conscientiae tenebitur solum ex re accepta.

Ita qui vendit aut emit gemmam pro vitro aut aurum pro aurichalco et viceversa.

Id porro valet sive error circa substantiam fuerit *antecedens*, qui scilicet dederit causam contractui, sive *concomitans* fuerit, nempe quando nihilominus contraxisses, tametsi deceptus non fuisses; ignorantia enim *concomitans* parit *non voluntarium*. Lugo disp. 22. n. 105. cf. tr. *de Actibus Hum.* n. 87.

Error autem *circa substantiam* spectandus est in ordine ad actum voluntarium seu contractum; adeo ut obiectum substantiale illud dicatur, circa quod voluntarius actus, quo contrahitur, versatur *per se*, non autem *per accidens*. Idcirco in matrimonio persona pertinet ad substantiam et ideo error personae invalidat contractum. Item persona, cui donatur, plerumque pertinet ad obiectum substantiale donationis, quae est liberalitas erga *certum* quendam hominem. Non item pertinet persona ad substan-

tiale obiectum in venditione aut emptione; cum ferme nihil intersit, cui vendas aut a quo emas.

Adverte tamen, quod si quis aut explicite aut implicite intendit donare personae praesenti, quaecumque sit, aut rem praesentem emere, quaecumque sit, tunc error circa personam in donatione aut rem in emptione esset tantum accidentalis: v. gr. cum das argenteum illi, qui docuit viam, putans tamen perperam illum esse filium coloni tui, vel cum capsulam emis, ex chartane sit an corio aut pomis terrae aut alia materia nihil sollicitus.

VI. 5. Non est invalidus contractus (etsi aliquando ob iniuriam possit rescindi), si error vel dolus interveniat circa qualitatem aut circumstantiam accidentalem; v. gr. emisti vinum Mosellanum, putans esse Rhenanum: nisi forte intentio contrahentis fuerit conditionata non obligandi se, nisi exsistente tali qualitate aut circumstantia; qualis virtualiter fuisse censeri potest, si error versetur circa circumstantiam valde immutantem obiectum et nimis excedentem eius existimationem, ut notat Laym. l. 3. t. 4. c. 5.

77. Auctor tria praestat, scil. 1° ponit casum erroris, qui non dedit causam contractui: 2° ponit casum erroris antecedentis, qui scilicet dat causam contractui; imo potius restringit casum ad *expressam conditionem* se non obligandi, nisi adsit circumstantia quaedam determinata: qui tamen casus vix distat a communi; quia communis facile ad hunc revocatur: 3° indicium tradit, quo colligatur, fuerit necne error antecedens. Ubi tamen exempla petit ab usitatioribus; nam alias quis affici posset ad ea, quae minoris sunt momenti.

Ad claritatem nota ex Lugo disp. 22. n. 68.: contrahens decipi potest (sive error det causam contractui, sive non) vel ab altero contrahente, vel a tertio sine culpa alterius contrahentis, vel etiam a se ipso, qui erronee putavit, rem illam meliorem utilioremque esse et ideo illam emit vel pluris emit, alias non empturus aut certe non tanti empturus. Rursus quando ab alio decipitur, potest id fieri vel cum huius culpa vel sine culpa: quod notandum; quia licet utraque deceptio minuat voluntarium in altero contrahente, non tamen eandem utraque obligationem in decipiente parit.

Dolus, ait Molina disp. 293. n. 1, late sumptus est exsecutio solertiae seu astutiae, dicendo, faciendo aut omittendo aliquid, quo recte vel secus, aliquis decipiatur in aliqua re, sive in ipsius damnum sive secus. Quocirca dolus identidem in bonam partem sumitur et licitus esse potest: frequentius in malam partem et vocatur *dolus malus* et definitur ab Ulpiano l. *Hoc edicto*. §. 2. Dig. *de Dolo malo: omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.* Habetur ergo in dolo iniuria quaedam. Distinguendus ergo casus *simplicis erroris* a casu *doli mali.* Nunc primum de errore simul et dolo non dantibus causam contractui.

78. Quod itaque ad errorem attinet, qui *incidens* dicitur, seu *concomitans,* qui scilicet non dat causam contractui et intervenit, quando error movet quidem ad emendum libentius vel cariori pretio v. gr. picturam, quam tamen etiam ablata illa deceptione emeres, licet forte non tanti atque ideo error ille dicitur non dare causam contractui; quia non est causa, qua cessante, non emeres, sed incidit seu accidit contractui: quoad hunc, inquam, errorem, communis et certa est sententia, non obstare eum valori contractus quoad substantiam.

Veruntamen restituendus est decepto excessus supra pretium iustum et insuper si culpabilis fuit deceptio, restituendum est etiam pro aliis damnis, quae decepto forte ex illa deceptione provenerint. Ita v. gr. si quis inspecto panno, velit emere: mercator autem affirmet, esse pannum hollandicum, anglicum etc., ita ut emptor, qui alioquin pannum emisset, etiamsi contextus Romae fuisset, pro circumstantia illa maius pretium solvat: mercator tenetur, si quid supra pretium iustum accepit, illud restituere, etiamsi bona fide id affirmaverit. Si vero mala fide, debet praeterea reparare, si quod aliud damnum decepto emptori obvenerit.

79. Quoniam valor contractus stat (Lugo disp. 22. n. 97, et 104.), ideo si deceptor velit, sustinendus est contractus: dummodo ille deceptum servet indemnem. Ratio est, quia deceptus non habuit animum internum ita contrahendi, ut decipientem obligaret ad rescindendum contractum, si circumstantia illa esset falsa; noluit enim, ut supponimus, contrahere dependenter ab ea circumstantia nec de illa admodum sollicitus fuit. Ergo non acquisivit ex contractu ius contra decipientem ad rescissionem contractus, sed solum, ut servetur indemnis: hoc autem fit reducendo pretium ad aequalitatem.

80. At eritne in arbitrio decipientis, ut vel contractum rescindat vel reducat pretium ad aequalitatem?

Lugo disp. 22. n. 93. distinguendum putat. Nam vel etiam seposito dolo decipiens vere volebat rem dare et contractum facturus erat minori pretio et tunc si deceptus vult illi pretio stare, tenetur decipiens sustinere contractum: secus enim non redderet deceptum indemnem; quia non constitueret illum in eo statu, in quo fuisset, si iniuste non fuisset deceptus. Si vero decipiens non erat contracturus sub eo pretio, sub quo vult deceptus, reducto scilicet pretio ad aequalitatem: non videtur deceptor obligatus ad contractum ad aequalitatem reducendum, sed potest, prout ei magis libuerit, aut pretium reducere aut contractum dissolvere. Utroque enim modo indemnem servat alium et constituit in eo statu, in quo fuisset, si non esset iniuste deceptus: nisi tamen aliud damnum passus hic fuerit (v. gr. quod occasionem emendi prorsus amiserit); nam et hoc resarcire *iniustus* deceptor deberet, cum ex sua iniuria hoc sequutum supponatur.

81. Veniamus ad aliam hypothesim, videlicet quando error seu ignorantia est antecedens et licet non versetur circa substantiam sed circa qualitatem, tamen dat causam contractui: v. gr. si aliquis se fingit divitem ac nobilem atque ita conciliet sibi nuptias virginis divitis et nobilis, quae absque illo errore nullatenus tali viro nubere vellet.

Quaerit Tamburini *in Decal.* l. 8. tr. 3. c. 7. §. 11. n. 17., quid heic intelligatur nomine substantiae et qualitatis et respondet. « Certum est non intelligi (semper) haec physice. Si enim tu velles emere equum ad iter multorum dierum vel ad prolem gignendam et loco equi iuvenis daretur tibi equus annosus, certe non esset deceptio in substantia physica et tamen in re nostra esset error in substantia. Et quamvis in matrimonio deceptio illud irritans sit ea, quae affert errorem in persona et substantia physica vel etiam in qualitatibus quando hae refunduntur in errorem personae; at in aliis contractibus magis late patet deceptio in substantia: ita nimirum, ut nomine substantiae intelligatur illud obiectum, quod principaliter et fere adaequate movet hominem ad contrahendum; nomine qualitatis illud, quod minus principaliter. Quare si res differat notabiliter ab obiecto a te intento et cogitato, dicetur adesse error in substantia, si differat leviter, dicetur adesse in qualitate ». Et citat Sanchez *in Morali* lib. 4. c. 2. nn. 8. 11.

Gravissimi autem momenti est eiusmodi quaestio. Nam in sua universalitate quoslibet amplectitur contractus atque idcirco ad generalia haec de contractibus principia necessario revocanda illa sunt, quae spectant ad matrimonium et sponsalia ac professionem religiosam: aguntur ergo heic capita doctrinae, quae nunquam non maximam difficultatem doctoribus attulerunt. Atque inde est, quod doctores communiter hanc quaestionem aggredientes, eam ut difficilem ac potissimam exhibeant summique momenti.

82. S. Alphonsus lib. 3. n. 76. dicit duplicem esse sententiam. Nam quidam dicunt hos contractus non esse validos. Ratio, quia licet qualitas in esse physico sit aliquid accidentale, in esse tamen morali habet rationem substantiae.

Probabilius tamen, subdit. s. Alph. et communiter alii dicunt esse validos. Ratio, quia licet sit animus involuntarius quoad accidentia, est tamen voluntarius quoad substantiam.

Sed mox s. Alph. subdit non secus ac Busembaum hanc limitationem: « Nisi contrahens expresse consentiat sub conditione, *si talis adsit circumstantia;* quia tunc qualitas transit in substantiam ».

83. * Seposita paulisper hypothesi doli, in qua propter iniuriam, quam deceptus patitur, potest esse specialis difficultas, sententia verior est: contractus onerosos, etsi talis error interveniat, validos esse iure naturae.

Ratio est, quia adest consensus sufficiens. Nam 1° consensus exsistit in substantiam rei, quae est proprie obiectum contractus. 2° Credendum est, ait Laymann *de Pactis* c. 5. n. 5, « quod voluntas contrahentis consentiat in contractum, secundum naturam ipsius. Inter contractus autem aliqui facili de causa haud inconvenienter solubiles sunt, alii vero difficulter. Nam facilius dissolvi possunt promissiones gratuitae... difficile autem dissolvuntur reciproci contractus, tametsi nondum traditione completi sint, ut emptio venditio etc.

Cuius ratio est; quia hi contractus vim suam et mensuram obligandi non ex unius tantum voluntate accipiunt, sicut gratuiti, sed etiam ex alterius partis consensu. Nemo autem vendentium v. gr. facile consentiet, ut si aliqua mutatio superveniat vel si emptor aliquo errore, cui ipse venditor nullam causam praebuit, ad emendum impulsus fuerit, venditio irrita sit, ut observavit Molina tom. 2. d. 352. Sanch. l. 1. *de Matrim.* d. 64. ». Idem dicatur de emptore, cum venditor erraverit. Et sane altera pars, quae erroris causa non fuit, non tenetur dissolvere contractum aut quod accepit restituere; cum nullam fecerit iniuriam. Ergo in his contractibus voluntas contrahentium censenda est talis, ut etsi error alterutrius contrahentis circa qualitatem det causam contractui, si errans a se solo deceptus fuerit, contractus valeat. Id sane expedit bono communi, ut hi contractus firmi sint et non praebeatur facilis occasio dissolutionis, opposito praetextu alicuius erroris contra innoxium contrahentem.

84. Admittenda est tamen limitatio, quam adhibet ipse Laymann et cuius meminit s. Alphonsus: nempe nisi intentio contrahentis actu aut virtute sit conditionalis, non contrahendi scilicet nisi talis qualitas aut circumstantia exsistat. Si enim ita res se habet, profecto, conditione non exsistente, nullus est consensus, quo deficiente nequit iure naturae valere contractus. Continget tamen identidem, ut qui ita conditionate consensit, teneatur absolute consentire, si iustas ob causas ius positivum resistat dissolutioni contractus.

Normam diiudicandi, an consensus fuerit virtute conditionalis (nam cum actu expressa est conditio, res per se patet) in contractibus onerosis accipere possumus ab eodem Laymann: si nimirum error versetur circa qualitatem aut circumstantiam, quae sit principale motivum et causa finalis contrahendi. Cum enim intentio finis ac motivi principalis determinet actum electionis et electio omnem vim et mensuram suam accipiat a fine; ideo merito finis et motivum principale resolvitur in conditionem: sive, ut ait s. Alphonsus, ea qualitas hoc pacto intenta induit, in ordine morali, rationem substantiae.

85. Cum vero contractus est gratuitus, facilius admittitur, quod error circa qualitatem dans causam contractui, ipsum irritet iure naturae. Nam

in huiusmodi contractibus consensus promittentis vel dantis, qui nihil vicissim accipit, postulare videtur maiorem plenitudinem voluntarii, quod certe minuitur per errorem circa qualitatem, qui dat causam contractui. Pensanda est proinde dispositio animi contrahentis, ad quod confert distinctio tradita a Molina disp. 209. quam probat Laymann. « Aliud est conferentem esse in ea dispositione, quod, si sciret causam, propter quam confert, non subsistere, non conferret: aliud vero est, esse in ea dispositione, quod, si sciret causam non subsistere, vellet collationem nullam esse. Hoc secundum invalidam facit gratuitam collationem; sed primum non semper facit invalidam. Multi enim sunt, qui, si scirent causam, a qua ad conferendum moventur, vel falsam esse vel non esse tantam, quantam existimant, revera non conferrent quod conferunt et tamen, postquam semel contulerunt, animum non habent ut invalida sit collatio ». Sic quis praetereunti pauperi, quem pium existimat, eleemosynam facit, quam certe non faceret, si nosset eum esse deditum ebrietati, quin tamen velit nullam esse donationem, si is hoc vitio laboret. « In promissione autem, subdit Molina, quoniam praesumendum non est, promittentis animum esse, intendere se obligare ad implendum quod promittit, non subsistente causa, qua ad promittendum fuit permotus; utique non subsistentia talis causae *regulariter* invalidam reddit promissionem ».

Hac in re comparat Laymann contractibus gratuitis contractum sponsalium l. c. n. 5.; quia magna animi libertate et plena voluntate contrahi debent, quemadmodum dicetur suo loco.

86. Loquamur nunc de hypothesi, quod dolus intercedat ex parte contrahentis, quam hypothesim praecipue solent habere prae oculis DD. Quorum sententias exponit Lugo disp. 22. n. 70. seqq. *

Prima sententia dicit, hos contractus esse validos (licet irritari queant): sed hi dividuntur; nam quidam validos affirmant tum *iure naturae* tum *iure positivo:* quidam vero validos dicunt *iure naturae, invalidos iure positivo,* seu irritandos, excepto matrimonio, quod validum semper est, quando error non est circa substantiam.

Secunda sententia, quam praeter alios Molina defendit disp. 352. coll. disp. 259. distinguit inter contractus *bonae fidei* et contractus *stricti iuris*. Hos validos dicit *de iure positivo,* licet decepto contra dolum subveniatur, illos vero dicit invalidos *iure positivo:* utrosque autem in foro conscientiae esse ipso iure irritos, respectu scilicet decepti: manere autem decipientem obligatione obstrictum.

87. Rationes huius secundae sententiae quoad priorem partem sunt textus iuris, qui contractus bonae fidei, ut est emptio venditio, dolo interveniente, dicunt nullos, nullius momenti ipso iure l. *Et eleganter* Dig. *de dolo malo* l. *Ea vero* §. 3. Dig. *Pro socio*. Contractus vero stricti

iuris, ut stipulationem, rescindibiles dicunt, obiecta exceptione doli: cf. textus mox citandos. Quoad alteram vero partem, quod spectat nempe ad ius naturae, negans valere contractum pro decepto, ratio Molina est; quia consensus extortus per dolum insufficiens est ad gignendam obligationem: nequit scilicet alteri ius oriri ex iniuria. Et advertit Molina id a iure positivo statutum esse tantum pro contractibus bonae fidei: optandum tamen fuisse, ut pro quolibet contractu id statueretur et sic forum externum aequaretur foro conscientiae.

Rationes prioris sententiae quoad naturalem valorem contractus, sunt 1° textus iuris, quos affert Lessius l. 2. c. 17. n. 31. *Si dolo* C. *de Rescind. vendit.* « Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadvertit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit ». Ita de contractu bonae fidei. L. autem *Dolo* C. *de Inutilibus stipulationibus* dicitur de contractu stricti iuris: « Dolo vel metu adhibito actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit: per doli mali tamen vel metus exceptionem submoveri petitio debet ». Porro si actio datur, quae tamen eliditur per exceptionem, contractus non est nullus, sed rescindibilis. Clarius in Inst. *de Exceptionibus* §. 1. « Si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est, iure civili te obligatum esse et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio *quod metus causa* aut *doli mali* etc. (a) 2° Quia in his contractibus adest voluntarium circa substantiam contractus, non secus ac cum contractui dat causam error circa qualitatem; iniuria vero non tollit illud voluntarium, etsi obligationem imponat damnum reparandi: 3° quia id magis etiam expedit communi bono ad coercendos deceptores, qui hoc pacto capi possunt astutia sua, si deceptus velit contractum valere.

Estne grande inter has sententias discrimen?

88. Adverte: qui validos iure naturae hos contractus dicunt, ita eorum

---

(a) Moderna quaedam iura simplicius quaestionem solvunt. Negant in contractibus consensum esse *validum*, si ex errore praestitus est, aut per violentiam extortus aut dolo surreptus. Tunc autem dolus causa est nullitatis contractus, quando artes subdolae ab altero contrahentium adhibitae tales fuerunt, ut sine illis alter non contraxisset. Ita C. Italicus artt. 1108. 1115. ex C. Gallico 1109. 1116.

De errore vero statuitur, quod error *iuris* producit nullitatem contractus solum cum est eiusdem causa unica et principalis. Error autem *facti* non producit nullitatem contractus, nisi quando cadat super substantiam rei, quae est obiectum contractus. C. Ital. artt. 1109. 1110. C. Gall. 1110. qui de solo errore facti loquitur.

Neque tamen perperam provocatur nunc ad venerandas Romanorum leges; nam per eas non raro quid ius naturae habeat certius indagatur. E.

valorem definiunt, ut etiam deceptus quidem obligationem contrahat, ita tamen, ut vel eam possit elidere exceptione doli in iudicio vel pro arbitrio, etiam ante sententiam iudicis, contractum (si solubilis sit) dissolvere. Cf. Lessium l. 2. c. 17. d. 5. n. 29.

Qui validos esse contractus iure naturae negant, dividuntur. Alii negant quidem ullam obligationem oriri decepto, sed affirmant decipientem obligari: ideoque, « si deceptus velit nihilominus stare contractui, decipiens dissolvere illum non potest, sed cogitur illi stare nec necessaria est iudicis sententia aut compulsio, ut dolosus teneatur stare contractui ». Ita Molina disp. 352. nn. 2. 4. Alii, ut Medina, quem Molina citat n. 3. et Sanchez apud Lugo disp. 22. n. 76., ex eo quod contractus est nullus, colligunt neque ex parte decipientis obligationem oriri; cessante enim causa, neque eius effectus esse potest: quamvis non negent teneri decipientem damnum resarcire, si quod secutum sit, quae tamen reparatio haberi poterit frequenter, etiamsi decipiens non servet contractum. Scilicet hi statuunt prorsus nullum esse contractum, priores nullum ex parte decepti.

89. Itaque apud omnes convenit, decipientem obligationem contrahere vel servandi contractum vel servandi indemnem deceptum: hunc vero posse pro arbitrio resilire a contractu. Quaestio ergo potius quam practica, est pure speculativa; si praesertim sententiae Lessii et Molina comparentur. Et quidem sententia Lessii, prout differt a sententia Molina, difficilis est. Cuiusmodi est enim haec obligatio, contra quam, citra quamvis sententiam iudicis, agere quis iure potest? obligatio dicit determinationem ad unum, cui directe repugnat potestas utrumque pariter agendi. Si vero sententia Molina cum sententia Medina comparetur, ea primum nihil absoni habet, quatenus obligationem ex una tantum parte ponit.

Et sane uterque vult serio se obligare ideoque uterque conditionem eam ponit, quam alter postulare potest, ut se erga alterum obliget: sed discrimen est quod voluntas decepti non est efficax ad inducendam in eo erga alterum obligationem. At voluntas alterius cur non erit efficax? Nam haec vel conditionem postulat, ut alter, dum contrahit, velit se obligare, et haec, ut diximus, adest: vel postulat, ut alter, detecto errore, *velit* stare contractui et tunc si hic velit, ille obligabitur, ut ait Molina; vel postulat ut deceptus *teneatur* stare contractui et tunc consensus decipientis non est nisi fictus, scit enim hoc esse non posse: si autem eius consensus est fictus, extra quaestionem vagamur; est enim prorsus alia hypothesis. Seposito ergo casu ficti consensus, decipiens postulare potest tantum primam et alteram conditionem: quo posito sequitur non esse ipsi integrum resilire a contractu, si deceptus velit servari contractum.

90. Porro ratio, quam Molina affert, nullitatem contractus in foro con-

scientiae ex parte decepti arguens ex iniustitia doli alterius partis, haud est infirma. Nec comparatio valet cum contractu inito ex solo errore circa qualitatem dante causam contractui. Nam heic est novum elementum, nempe iniuria, propter quod et ipsi adversarii concedunt decepto ius resiliendi, pro arbitrio suo, a contractu. Sentiunt ergo dolum mutare intrinsece conditionem contractus. At si ius est resiliendi pro arbitrio, quod ius negari nequit; iniquum est enim, ut alter per iniuriam ius in alium obtineat: iam vidimus, quod illius iuris affirmatio est negatio obligationis. Ergo sententia Molina praeferenda est.

91. Non est autem cur miremur, in hac quaestione versanda doctores angustiis, quas dissimulare non possunt, haud paucis premi. Nam quaedam civilibus aut etiam ecclesiasticis legibus statuta cernimus, quae respuere non licet: quaedam alia iterum constat necessario postulari ob bonum commune: difficultas autem in eo sita est, quo pacto conciliari haec possint cum principiis iuris naturae, quae necessaria quaedam elementa requirunt ad rationem contractus.

Et sane nullus est contractus, qui aliquam obligationem non adducat saltem quoad alteram contrahentium partem: sed haec obligatio, contractuum propria, quae posito utique contractu, ligat etiam invitos, requirit necessario ab origine factum quoddam liberum, actum scilicet voluntatis, quae libere huiusmodi vinculo se subiicit; ut idcirco sine hac libera acceptatione obligationis, nulla sit obligatio. Palam est ergo, non plus obligationis per contractum imponi posse alicui, quam quod ipse sibi voluit assumere. Ergo nulla esse potest obligatio, quam contrahens non libere voluerit.

At enim potestne quis id voluisse, quod ignoravit? Nam *nihil volitum, quin praecognitum*. Ad illud ergo, quod quipiam ignoraverit, nulla esse potest obligatio; quia abfuit obligationis causa, nempe voluntas.

Porro si id statuatur, iam saepissime eveniet, ut in contractibus aliquid inveniatur, quod non fuerit voluntarium et hoc modo contractus in irritum cadere dicendus erit; quia una importaret etiam illam obligationem, quam contrahens non voluit ac propterea qua se non obstrinxit nec se obstringere tenetur.

Atqui si id admittatur, incredibilis perturbatio erit in humano commercio, tum quia saepe reipsa ob defectus, qui detegantur, contractus dicendi essent irriti, tum etiam quia iste defectus voluntarietatis saepe praetexeretur, ut incommodi contractus solverentur et sic vix ullam sperare firmitatem in contractibus liceret.

Merito ergo leges humanae caverunt, ne quavis de causa resilire e contractibus liceret. Id autem cautiores efficere debet contrahentes, adeo ut sibi solummodo imputent, si decipiantur.

Id autem et iuri naturae ob publicum bonum est maxime consentaneum.

Hinc scite advertit Lugo disp. 22. n. 92., nequaquam permittere bonum commune, ut in contractibus onerosis possint contrahentes ad libitum consensum suum limitare, sed 1° debent consentire iuxta id, quod rationabilis voluntas contrahentis exigit: 2° nec contrahentes debent aut possunt adhibere illam conditionem, ut undecumque alteruter videat, se in causa consentiendi errasse, possit idcirco a contractu resilire. Ratio est, quia in contractibus onerosis propter securitatem exigitur consensus absolutus, quoties aut non erratur circa substantiam, aut dolus ab altero contrahente non opponitur dans causam contractui. Alioquin de omni eiusmodi contractu deque eius valore ac securitate dubitare semper liceret; quod quidem nec commercio humano nec contrahendi usui conveniens foret, sed innumeris periculis ac litibus occasionem praeberet; passim enim contrahens diceret se deceptum a semetipso et contraxisse ductum falsa causa. Oportet ergo quod consensus sit absolutus et quod contrahentes prius videant bene quid sibi expediat, antequam consentiant, ne postea facile contractus in dubium revocentur.

92. Et ex postrema hac animadversione intelligi potest, cur iniquum illud non sit, quod de quibusdam contractibus statuitur, ut scil. nisi error sit circa substantiam, semper validi ac firmi censeantur; quod maxime de matrimonio dicitur ac de religiosa professione. Profecto quoad matrimonium compertum est, non modo rationem sacramenti, sed etiam rationem contractus naturalis esse eiusmodi, ut omnimodam firmitatem et indissolubilitatem postulet. Haec certa sunt ex iis, quae de matrimonii indissolubilitate traduntur tum a theologis tum a philosophiae moralis doctoribus. Merito igitur exigitur, ut contrahentes absolute, salva substantia, consentiant nec consensum suum limitent conditione aliqua, praeter substantiam, utut dein deceptos se aut reipsa inveniant in accessoriis, aut saltem se deceptos dicant. Cur non est iniquum? Quia scilicet hoc norunt ac nosse contrahentes debent: praemoniti ergo iniuriam non nisi a se ipsis patiuntur, si rem non satis perpenderint, antequam consensum, qui irrevocabilis cognoscitur, libere praestent. Eadem de causa saltem annus integer Novitiis datur, ut Religionem experiantur, antequam profiteantur.

93. Re itaque perpensa et ad postremam hanc publici boni ac necessariae pacis normam exacta, generatim hae traduntur et admitti possunt regulae:

1° Quando dolus dat causam contractui *bonae fidei*, altero contrahentium in dolo communicante, contractus, iuxta communiorem, neque in conscientia neque in exteriori foro valet, sed in decepti favorem est

ipso iure nullus, esto deceptus non sit laesus ultra aut infra dimidium iusti pretii: iuxta alios autem rescindi potest et quidem rescindendi ius habet deceptus etiam ante iudicis sententiam. Iuxta quosdam nempe contractus est validus n. 88., sed ita ut nulla sit obligatio decepti standi pactis: quod in priorem sententiam fere recidit.

In eo tamen et prioris sententiae patroni conveniunt, quod si quis per dolum dantem contractui causam cum alio contrahit, obligatus manet in conscientiae foro ad standum illi etiam ante iudicis sententiam, modo deceptus id velit nec obstat, quod deceptus ex parte sua nec in conscientiae nec in externo foro ullam habeat obligationem. Cf. n. 89.

Insuper quando contrahentis dolus dat causam contractui, non solum est ipso iure nullus aut certe rescindendus, sed praeterea decipiens tenetur decepto ad damna omnia tam lucri cessantis quam damni emergentis, quae ex illo contractu subsequentur.

94. 2° Quando dolus causam quidam dat contractui, sed adhibetur a quodam tertio, non communicante in dolo alterutro contrahente, validus est contractus (a); datur tamen decepto actio adversus tertium, qui dolum adhibuit. Ita l. *Si Proxeneta* Dig. *de Proxeneticis:* « Plane si dolo et calliditate creditorem (Proxeneta) circumvenerit, de dolo actione tenebitur ».

Validus autem dicitur eiusmodi contractus, quia licet desit reipsa ex parte decepti voluntarium (qua de causa iure naturae invalidum eum quidam habent ex iis, qui defendunt, contractus, quibus dolus causam dedit, esse nullos), tamen censent, humanum ius in commune bonum potuisse vim huic contractui tribuere. Imo etiam qui tenent cum Molina, invalidos esse contractus, quibus causam dolus dedit, non propter solum defectum voluntarii, sed etiam ob iniuriam, hi quoque tenent hos contractus esse validos et quidem iure naturae. Ratio est, quia non possunt censeri contractus sub ea conditione celebrati, quam neuter admitteret, qualis haec foret, ut dolus a neutro admissus, etiamsi circa substantiam non sit error, irritet contractum neque id expediret communi bono. Quocirca, inquit Molina disp. 352. n. 8., in hac re lex humana id statuit et explicavit, quod ipsa rei natura habet. Et ideo nisi ex errore exsurgat inaequalitas, non modo validus est contractus, sed nulla est obligatio eum moderandi aut alterandi.

95. 3° Quando dolus fuit commissus a contrahente, sed non dat causam contractui, quia alter empturus etiam hoc pacto rem erat, licet non tanto pretio: tunc validus est contractus tam in foro conscientiae quam

(a) Iura recentiora superius citata sub n. 84. de dolo loquuntur, qui ab alterutro contrahente erga alterum adhibeatur. E.

in externo; sed decepto datur actio (etiamsi non ultra dimidium iusti pretii sit deceptus) ad repetendum id, quod ratione doli plus dedit. Et citat Molina disp. 352. n. 10. l. *Iulianus* §. 4. Dig. *de Actionibus empti etc.* et glossam in l. *Eleganter* superius citatam et doctores communiter. Quocirca restituendum est, quidquid per dolum acceptum est supra pretium, quod iuste emptor daturus erat; nam totum hoc incrementum iniuste per dolum fuit extortum.

96. Quoad alios casus hanc praxim tradit Molina disp. 352. l. c. n. 16. ex praeiactis principiis.

1° Cum quis decipitur, ignorante altero contrahente, tunc si nulla inaequalitas in contractu oriatur, quia nulla inest transgressio iusti valoris: contractus in utroque foro validus est et firmus, nec quidquam mutetur opus est. Si vero inaequalitas oriatur, tunc reduci ad aequalitatem in foro conscientiae debet usque ad limites iusti pretii. Ratio est, quia, etsi deceptio eveniat sine culpa contrahentis, obligatio tamen vel rescindendi contractum vel reducendi ad aequalitatem oritur ex *implicito* contractu concomitanti, quo uterque contrahens se videtur obligare ad verificandam illam circumstantiam, quae inducit ad contrahendum estque veluti quidam contractus assecurationis vel evictionis (Lugo disp. 22. n. 104.). Debet etiam in exteriori foro reduci ad iustum pretium, si inaequalitas excedit dimidium iusti pretii. l. *Rem maioris pretii* C. *De rescindenda venditione.* cf. cap. *Cum dilecti, de Emptione et venditione.*

2° Eadem norma servanda est, quando deceptio fit quidem sciente altero contrahente, abest tamen dolus nec contrahens reticet illa, quae tenebatur manifestare.

97. 3° Cum mendacia ac doli intercesserunt et his inductus alius est ad contrahendum vel ad augendum pretium, tunc si dolus causam dedit contractui, hic irritus erit ad decepti arbitrium idque etiam in foro exteriori, etsi nulla exsurgat inaequalitas.

4° Si vero mendacia et doli non induxerunt ad contrahendum; quia alter fidem non adhibuit, sciens hanc esse consuetudinem celebrantium similes contractus, aut si similiter contraxisset, licet abessent doli illi ac mendacia: tunc idem dicendum est ac in primo et secundo casu. Atque hinc saepe mercatores, mentientes ac iuramento affirmantes vel rem plus valere vel carius se eam emisse ac multa alia confingentes tam ut vendant aut carius vendant quam ut emant aut vilius emant, excusabantur ab onere rescindendi huiusmodi contractus, tum etiam a restitutione partis eius, quod ita acceperunt, ad limites usque iusti licet rigorosi.

98. 5° Quando nulla intercedat inaequalitas, etsi dolus causam dederit contractui et deceptus possit rescindere contractum, tamen, si res adhuc integra non sit, regulariter non consurgit obligatio aliquid restituendi sub

letali culpa. Hinc a letali culpa et ab onere restituendi sub gravi excusabuntur, qui mentientes vinum esse plurium annorum aut esse alicuius loci, illud vendiderunt ei, qui si sciret non esse tot annorum aut non esse illius loci, illud omnino non emisset aut non emisset tali pretio; quando vinum in se, computatis omnibus circumstantiis, erat aeque bonum et aequalis valoris.

Idem dicatur, si illud alius non emisset tanti, sed incrementum pretii non esset tantum, quantum requiritur ad culpam letalem.

6° *Sub levi* tamen erit obligatio aut rescindendi contractum aut restituendi excessum pretii (licet excessus non praetergrediatur limites iusti etiam rigorosi), quando alter, absente dolo, rem aeque bonam minori pretio ab aliis fuisset empturus. Quod si a nullo alio rem meliorem aut viliori pretio alter fuisset empturus, tunc, etsi peccetur leviter ea iniuria illi facta: quia tamen nullum damnum subsequutum est, nulla exsurgeret obligatio restitutionis.

7° Si res esset magni valoris, aut si pretium, quo rem aeque bonum ab aliis emere alius potuisset, ita excedat, ut ad culpam letalem sufficiat: tunc graviter peccabitur aut non rescindendo contractum re integra, aut non restituendo pro damno, si res adhuc integra non sit.

VII. 6. Nec est invalidus contractus, sive onerosus sive gratuitus, ex metu licet gravi, iniuste incusso; cum adhuc simpliciter sit liber et voluntarius: licet possit a iudice rescindi pro arbitro metum passi. Ita communiter apud Sanch. d. 8. n. 4. Card. Lugo d. 22. Laym. l. c. c. 5. Excipiuntur tamen aliqui contractus, qui ipso facto sunt irriti (saltem ex iure positivo) si ex metu gravi fiant. Talis est 1. Contractus matrimonii, etiamsi iuramentum accesserit, ex cap. *Cum loco* et cap. *Veniens, de Sponsal.* 2. Professio religiosa, ex cap. 1. *de His, quae vi* etc. 3. In aliis quibuscunque votis. 4. Contractus dotis promissae vel solutae, qui in hoc sequitur naturam matrimonii, cui accessorius est leg. *Si mulier* §. *Si dos.* ff. *Quod metus causa.* 5. Promissio, vel traditio, in rebus Ecclesiae c. 2. 15. q. 6. 6. Auctoritas tutoris per metum extorta. leg. 1. §. ult. ff. *de Auctor. tutor.* His addunt alii plures, ut promissionem et donationem gratuitam, renunciationem beneficii, iurisdictionem per metum extortam. Verum hi controvertuntur, ut V. C. Lugo *de Iust.* d. 22. n. 115. et seq.

99. Distingui apprime debet multiplex metus. Nam 1° alius est gravis, alius levis atque 2° gravis alius est gravis absolute, alius respective: 3° metus alius ab intrinseco est alius ab extrinseco: 4° alius iustus, alius iniustus: 5° alius directus ad consensum extorquendum, alius non (Lug. disp. 22. nn. 110-112.). Quaestio ab Auctore proposita versatur circa contractus extortos directe per gravem metum iniuste incussum.

Triplex est in hac quaestione sententia. Una generatim affirmat contractus esse validos, sed rescindibiles. Secunda negat generatim, esse validos. Tertia distinguit contractus onerosos a gratuitis: illos validos utut rescindibiles, hos invalidos dicit. Vid. Ligor. lib. 3. n. 716. et Lugo disp. 22. n. 114. 115.

100. Non immorabimur rationibus expendendis, cum quaestionis huius indoles vix a praecedenti de consensu per dolum extorto differat.

Imo, si discrimen quoddam est, id in favorem contractus ex metu esse videtur. Nam certe discrimen est aliquod inter contractum ex dolo et contractum ex metu initum. Qui enim dolo deceptus dante causam contractui, consentit, cum conscius doli non sit, serio consentit in obiectum contractus, ut idcirco aliquis interior consensus in contractum certe adsit. Cum vero quis ex metu ad contrahendum inducitur, cum id solum intendat, ut malum impendens evitet, ad hoc autem malum evitandum, quod ab homine inferendum esset, satis sit actum externum ponere, quin interior consensus accedat; ideo praesumptio primum est, metum passum voluisse solum ponere actum externum, quin animo in contractum consentiret; abhorret enim a contractu, ut supponitur et illud sufficit ut malum vitetur: deinde certe nullum exstat indicium (nisi alio modo id significet metum passus) exsistentis interioris consensus. Etsi enim externa expressio consensus libere ponatur, id probat quidem esse in animo voluntatem ponendi eam externam expressionem; sed non probat exstare interiorem consensum in contractum: quae duo, ut patet, sunt prorsus distinguenda. Unde peti potest responsio ad quaedam argumenta primae sententiae.

Si autem metum passus vere, licet invitus, consensit (nam et hoc fieri potest) velitque contractum valere: illud in hoc casu putamus dicendum, quod diximus in casu simili de dolo: nisi ius positivum resistat.

Doctrina autem primae sententiae multo magis a recto sensu communi abhorret, ubi agitur de contractu gratuito, veluti cum latro extorquet aut pecuniam aut promissionem. Ut enim inquiunt adversae doctrinae patroni, nunquid ius naturae et aequitas patitur, ut qui infert iniuriam, ex hac iniuria acquirat ius contra illum, quem laedit?

101. Sed dicunt (Lugo disp. 22. ibid. n. 115.): Quae ex metu fiunt, sunt simpliciter voluntaria, licet aliquo voluntario imperfecto misceantur. Ergo in hisce contractibus non deest consensus voluntarius.

At enim nunquid voluntarius non est consensus illius, qui solvit usuras? Aut minus voluntarius est consensus tradentis usuras, quam tradentis pecuniam latroni? Cur igitur invalidum dicunt contractum usurarium et negant transferri dominium?

Respondent Lugo disp. 22. n. 119. §. *octavo:* Usurarius non acquivit dominium, quia qui usuras solvit, non intendit donare, sed solvere ex debito: quare cum nullum sit debitum, nihil fit; quia nec accipit ex dono, deficiente animo donandi nec ex debito, cum nullum si debitum.

Atqui quisquis noscit, nullum esse debitum solvendi usuras, profecto dum solvit, non potest intendere solvere ex debito et aliunde ex hypo-

thesi donare non intendit. Cur igitur dat aut cur dando non transfert dominium? Scilicet necessitate coactus et, ut dici solet, ad redimendam vexationem, ad cavendum maius quoddam malum et saepius ad lucrum acquirendum seu non omittendum. Sed rursus nunquid qui pecunias metu necis defert ad latronem, vult eas donare? Vult nempe vitam redimere, aut aliud malum. Et cum nullum ius sit in alio inferendi illud malum, imo ius alius habeat, ne sibi metus aut malum inferatur; patet hunc emere quod suum est atque adeo non donare. Ubi autem emitur quod suum est, ubi est debitum seu titulus?

102. Atque hinc patet, quam infirma sit ratio petita ex generali illo principio, quod facta ex metu sint simpliciter voluntaria, nec desit consensus.

Neque enim consensus aut voluntas est *donationis*, cuius natura est, ut ex liberali ac benevolo animo proficiscatur, sed voluntas est se eximendi a maiori malo, quod imminet. Et qui in iis adiunctis dat aut pollicetur, perinde agit atque ille, qui, ut caput tegat, obiicit baculo brachium quod proinde laeditur. Quis enimvero diceret, iure ac voluntarie et ex consensu laesum brachium, quia voluntarie protensum est? Ergo qui tribuit, non donare, sed maius vitare malum seu redimere maius malum vult. Itaque ex metu agens vult et quidem simpliciter redimere vexationem, *Conc.:* vult donare, *Neg.*

Hinc abs re est quod dicunt, eiusmodi voluntarium sufficere ad peccandum, ut patet in eo, qui metu mortis fidem negat. Utique satis est, quia malle debebas vitam profundere, quam hunc actum ponere et hoc Dei lex praecipit. At abs re est; non enim negamus, voluntarie poni hunc externum actum dandi: negamus donari, negamus ius alteri fieri, negamus dominium transferri.

103. Recurrunt deinde ad ius humanum et contendunt ex iure humano validos haberi hos contractus; quia dicuntur *rescindendi.*

Sed bene reponit Molina disp. 326. n. 14., non opus esse ut iura intelligantur de rescindendo contractu per se valido, sed intelligi commode posse de declaranda invaliditate. Et sane adeo non censetur dominium translatum, ut l. *Metum autem* §. 6. Dig. *Quod metus causa* expresse dicatur, laeso concedi actionem *in rem et rem ipsam esse in bonis eius* et actio detur contra quoslibet, ad quos res sic data pervenerit. Voet lib. 4. tit. 2. n. 4.

Ceterum illico ratio apparet, cur ita de hisce iura loquantur, quasi rescindenda sint. Nempe fictione iuris censetur translatum dominium rei donatae vel traditae per vim seu, ut melius dicamus, contractus semper validus praesumitur, atque adeo onus probandi metum incussum reiicitur in eum, qui metum passus est et merito quidem; quia metus non praesumitur. Cf. Molina l. c.

Sed quaestio haec, tantum non theoretica haberi debet; cum enim passo metum omnes facultatem faciant, ut etiam ante iudicis sententiam rescindere contractum queat, quoad praxim res in idem redit.

104. Heic notandum, quosdam esse contractus, qui iure ipso positivo irriti ac nulli sunt, si metus gravis intercedat et a nonnullis his versiculis efferuntur:

Tutor, iudicium, dos, sacrum, copula, votum,
Haec sex, vi facta, de iure scias fore nulla:
Cetera ius patitur, sed postea restituuntur.

Tutor significat, nullum esse contractum, si per vim extorqueatur ad id auctoritas tutoris, sine qua auctoritate, uti constat, nulli sunt contractus pupillorum aut de rebus pupillaribus. Allegatur l. *Quanquam* §. 1. Dig. *de Auctoritate et consensu Tutorum:* « Tutor, si invitus retentus sit per vim, non valet quod agitur: neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somno aut morbo comitiali occupatus tacuisset ». Quid sit tutoris auctoritas, habes in l. seq. *Etiamsi:* « valet auctoritas eius, cum se probare dicit id, quod agitur; hoc est enim auctorem fieri ».

Iudicium intelligitur ex Ligor. lib. 3. n. 716. *iurisdictio ecclesiastica per metum acquisita et etiam civilis* et allegatur l. *Consensisse* Dig. *de Iudiciis* etc.; sed reipsa nihil ibi de hac re; quum solum ibi dicatur nullam esse iurisdictionem, quando litigatores consentientes in iudicem, ex errore putaverunt alium esse Praetorem pro alio, aut si quivis e litigatoribus restiterit et tamen viribus Praeturae compulsus sit.

Hinc Lugo disp. 22. n. 131. probabiliorem dicit sententiam eorum, qui validam habent eiusmodi iurisdictionem. Quae sententia inservire tunc poterit illis praesertim, qui et contractus gratuitos metu extortos censent validos ut, ubi rationabilis causa expostulet, dubia iurisdictione quis uti possit, quando scil. suspicatur, iurisdictionem datam ob aliquem metum.

Quaestio autem de iurisdictione ecclesiastica per metum extorta, distingui debet a quaestione de absolutione a censuris pariter metu aut vi extorta. Haec enim irrita manifeste declaratur in iure, prout decrevit Gregorius X. in Conc. oecum. Lugd. cf. c. unic. *de Iis, quae vi metusve causa fiunt* in 6. « Absolutionis beneficium, ab excommunicationis sententia vel quamcumque revocationem ipsius aut suspensionis seu etiam interdicti per vim vel metu extortam, praesentis constitutionis auctoritate omnino viribus vacuamus ».

Dos intelligitur contractus dotis vel promissae vel solutae. Id clare edicitur l. *Si mulier* §. 3. Dig. *Quod metus causa:* « Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem; quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse ». Ubi nota, nullitatis rationem peti ex metu generatim, non ex indole contractus specialis.

Communis tamen ratio afferri solet: quia cum accessorium sequatur principale; hinc cum nullum sit matrimonium metu extortum, idipsum et de dote, quae ad matrimonium ordinatur, dicendum esse.

Sacrum intelligitur quaelibet promissio vel traditio rerum Ecclesiae. Allegari heic solet cap. *Pervenit, de Iureiurando,* ubi Pontifex edicit: « Episcopum rebus suis spoliatum et iurare compulsum, quod non repeteret sic ablata.... nullius iuramenti vinculis super hoc posse constringi ».

Copula intelligitur *Matrimonium,* etsi accedat iuramentum. Allegatur heic cap. *Cum locum, De Sponsalibus:* « Cum locum non habeat consensus ubi metus vel coactio intervenit, necesse est, ut ubi assensus cuiusque requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem solo consensu contrahitur et ubi de ipso quaeritur, plena debet securitate ille gaudere, cuius est animus indagandus, ne per timorem dicat sibi placere, quod odit et sequatur exitus, qui de invitis solet nuptiis provenire ».

Qui textus nescio quomodo non evincat, non matrimonium modo, sed et contractus omnes metu initos esse ipso iure naturae irritos. Ex hoc enim principio generali ibi arguitur.

Eodem spectat et cap. *Veniens, de Sponsalibus,* ubi Pontifex valere dicit matrimonium « nisi metu coactus, qui posset in virum constantem cadere, eam desponsaverit ».

Votum denique intelligitur *Professio Religiosa,* de qua re allegatur cap. *Perlatum, de His quae vi* etc., ubi decernitur, mulierem cogendam ad resumendum habitum religiosum, si probatum fuerit, « non timore mortis praedictam mulierem religionem intrasse ».

Eandem doctrinam Doctores communiter extendunt ad omnia alia vota: vid. Lugo disp. 22. n. 122.; sed de his actum est, ubi de votis.

105. Eadem dici solent de electione Praelati, de absolutione a censuris deque renuntiatione beneficiorum (vid. Ligor. lib. 3. n. 716.), de teste ex metu testimonium ferente (vid. Lug. l. c. n. 132.). Sed de his non est locus in praesens agendi.

106. Septem addenda, 1° de metu reverentiali: 2° de metu levi: 3° de precibus importunis: 4° de metu incusso a tertio: 5° de metu incusso iniuste, sed non directe ad extorquendum assensum: 6° de metu iuste incusso et 7° de metu ab intrinseco.

Et quoad *metum reverentialem,* non negandum, aequivalere hunc posse metui gravi. Ut autem dicatur ex metu reverentiali aliquid factum, duo requiruntur, 1° ut repugnanti omnino voluntate fiat: 2° ut reipsa aliquod malum timeatur; quod tamen esse in eo potest, quod quis offensum superiorem habeat, v. g. patrem, matrem, Episcopum aut eum, a cuius nutu quis pendeat.

Ita si filius ob metum reverentialem patris renuntiat hereditati, vel uxor ob metum mariti ad evitanda iurgia ipsi fideiubeat.

Lugo disp. 22. n. 151.: negat huc casum spectare, si filius, ne patrem moribundum contristet, promittat se, soluturum omnia eius debita; quia, inquit, illa molestia (sc. moriendi debitis non solutis) non est malum filio vel alteri iniuste inferendum. At est malum patris et omnes tenemus, sufficere metum mali inferendi etiam patri vel filio etc. Porro eam molestiam ex malo patris pater ipse filio imponit, quam filius subire non tenetur.

107. Quoad *metum levem,* duplicem adesse sententiam dicit s. Alphonsus n. 718. Prior *probabiliter* rescindibiles dicit hosce contractus: alia *probabilius,* inquit, id negat. Verum priorem sententiam Lugo disp. 22. n. 134. dicit *satis communem.*

Adverte in primis metum levem heic accipiendum *respective;* nam secus posset haberi timor gravis, quando malum in se est leve. Hoc supposito, si hic metus fuit solum motivum, propter quod homo consentit, vel certe est tale, ut etiamsi alia adsint motiva, tamen, his ablatis, metus ad consentiendum impulisset, tunc inducit obligationem in inferente metum rescindendi contractum ad arbitrium passi metum et integre restituendi.

Idem dicendum, quando ita concurrit metus cum aliis motivis, ut praesentibus aliis motivis consensus datus non fuisset, si metus abfuisset; idque licet ex solo illo metu non datus fuisset consensus.

108. Quod si consensus ita praebetur partialiter propter metum, ut sublatis aliis motivis non daretur propter solum metum et ablato metu daretur adhuc propter alia motiva, tunc metum inferens non videtur obligandus ad rescindendum contractum nec ad resarciendum damnum integre, sed solum partialiter, pro rata concursus, quo metus influit ad consensum extorquendum.

109. Haec omnia satis possunt declarari ex iis, quae tradi communiter solent de cooperatione ad alterius damnum. Vid. Lugo disp. 22. n. 137-142.

Ratio generalis est, quia qui metu etiam levi, v. gr. revelandi secretum, extorquet consensum, iniustitiam committit teque cogit ad alterutram iniuriam patiendam. Contrahit ergo obligationem te in statum pristinum restituendi.

Quod vero addunt, metum levem facile contemni posse ac proinde voluntarie agere, qui eiusmodi levi metu se permoveri sinit, haud semper verum est. Nam leve etiam incommodum, quod timetur, molestum est et nemo cogi potest ad subeundum leve incommodum aut ad contractum ineundum.

110. Quod attinet ad *importunas preces,* s. Alphonsus lib. 3. n. 717.

dicit *verius negandum*, importunas preces constituere metum gravem, nisi accedat metus reverentialis erga superiorem.

Alii accuratius distinguunt varios casus. Et primo quidem consensus erit ex gravi metu, quando preces ideo extorquent consensum, quia si non consentias, times grave aliquod malum tibi inferendum, sive rogans expresse minitetur, sive non expresse.

Qua de re non amplectendum, quod ait Lugo disp. 22. n. 144., non haberi eiusmodi gravem metum, si movearis precibus illius, a quo magnum aliquod beneficium aut hereditatem aut legatum speras, aut ne amittas magnum lucrum; quia, inquit cum Sanchez, non ex metu mali inferendi, sed ex concupiscentia boni operaris. Namque si reipsa timeam, ne ipsa bona amittam, profecto privatio boni aequivalere censetur intentato malo, imo malum non est nisi boni privatio. Iniustus autem dicetur metus, quoties merito molestum evadat consentire, quod tamen fit, ne bonum amittam.

Item minus bene additur (Lugo id. n. 145.), non sufficere metum reverentialem cum precibus importunis, si a persona petente, cui reverentia debetur, non timeatur grave malum. Nam habere eam personam iratam vel offensam, iam grave est malum idque iniustum, si non nisi consentiendo in id, ad quod non teneor mihique molestum est, liberare me ab ea aversione ac offensione valeam.

111. Secundo malum, cuius avertendi gratia quis assentiatur precibus importunis, potest esse ipsa vexatio, quam preces importunae ac repetitae per se inferunt. Et quoad hoc dicit Lugo n. 146, rarum esse, quod eiusmodi vexatio constituat gravem metum; quia potes removere, significando, eas preces tibi ingratas esse. At non diffitetur, fieri posse, ut preces ipsas impedire non queas sine gravi malo; metus enim reverentialis prohibere id potest.

Addit Lugo ibid., adhuc nihilominus advertendum, preces istas non esse *iniustam* vexationem, quia qui rogat, non peccat contra iustitiam. Unde concludit, se non videre, quomodo preces importunae etiam cum metu reverentiali gravem metum constituant. Atqui non videtur difficile id cernere. Nam si vere molestum est, quod exigitur et simul molestissimum evadit respuere preces personae, cui reverentiam debes; iniquitas in eo est, quod quispiam ad alterutrum aeque molestum te cogere velit.

112. Verum resolutio huius quaestionis et praecedentis de levi metu, locum facit alteri quaestioni; dato enim vel generatim non gravem incuti metum per importunas preces, vel non semper id fieri; quia levis est vexatio: iam subit animus quaerere, an saltem levem iniiciant metum et si concedas, an id satis sit, ut in foro conscientiae rescindere contractum queas.

Et responsio plane desumenda est ex iis, quae superius tum generatim de *levi metu,* tum de hisce precibus importunis diximus. Nam si ob adiuncta preces implicite contineant timorem alicuius mali, quod subire non tenearis, vel adigaris ad alterutrum subeundum, aut vexationem scilicet aut contractum, quem non vis; patet ex dictis superius, iniuriam tibi fieri, quae ius dat contractum rescindendi.

113. Ex his patet, quid sentiendum, si consensus extorqueatur blanditiis, quas negant quidam rationem dare rescindendi contractum, quia tunc consensus ex concupiscentia potius est quam ex timore. Si enim blanditiae ab eo sint, ut et ipsum et blanditias eius contemnere facile possis, utique si cedis, diceris cedere blanditiarum vi irretitus. At si ab eo sint, quem vereris offendere et habere infensum, blanditiae augent vim metus, quam in precibus importunis adesse diximus. Nam contemptus blanditiarum gravius inducit periculum, quam contemptus precum, uti ex rei natura patet.

114. * Quid vero *si metus sit incussus a tertio?* Leges civiles eodem pacto de hoc metu ac de incusso a contrahente decernunt l. *Item, si cum exceptione* Dig. *Quod metus causa* etc. §. 3. « In hac actione (metus causa) non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine careat, lucrum tamen sensisse ». Praesumit scilicet, ut videtur, ius, quod agente metu nullus fuerit interior consensus, ut dicebamus n. 100.

Si autem de foro conscientiae agamus; quoniam alter contrahens, qui, ut supponitur, non particeps est in causando metu, nullam iniuriam intulit; hic non tenetur restituere, antequam metum passus in rem agere coeperit: ut ait Lessius l. 2. c. 17. n. 39. Quid ergo si metum passus restitutionem petat extra iudicium? Utique si is vere non consentit, iure petit: sed quia potuit reapse consentire et alter non tenetur ei credere et probabile habetur, consensum ex metu validum esse, alter poterit semper se exceptione tueri, quod ipse bona fide egerit et contractus sit validus.

115. Egimus de metu iniuste incusso *ad extorquendum assensum.* Si vero metus huc non spectat, quia ad alium finem incussus est et ad illud malum evadendum quod times, contractum inis, e. g. si ob metum mortis incussum a latrone, ut te ab eo malo eripias, spondeas occurrenti 100. aureos, ut tibi auxilietur; hic contractus validus est nec rescindi potest. Nam metus non fuit eius causa, sed solum occasio et contractus adhibetur ad removendum metum: qui autem tecum contrahit, cum non inferat metum, imo auferat, non meretur certe ut propter metum, qui exstitit, contractus solvatur. Lessius l. c. n. 40.

116. Haetenus de metu *iniuste* incusso. Quid vero si metus *iuste* incutitur, ut si ob metum excommunicationis, quam episcopus iuste minatur, matrimonium ineas? Contractum valere omnes consentiunt et iure affirmant *Ex litteris, de Sponsalibus*. Ratio est, quia nequit contractus irritus esse ratione iniuriae, quae nulla est: neque propter defectum consensus et voluntarii, quatenus consensus ex metu non sit plene voluntarius. Nam, ut cum Lessio loquamur l. c. n. 43., quamvis, si res physice spectetur, non minus forte involuntarie consentiat, qui iuste cogitur, quam qui iniuste; consentit enim et ille repugnante voluntate tum per simplicem affectum nolitionis tum per dolorem animi: attamen, moraliter loquendo, qui iuste cogitur, non est censendus involuntarie consentire; quia ipse voluntarie causam metus et moralis coactionis dedit, ut propterea actus ex toto sit ipsi voluntarius sive in se sive in causa et metus proinde se habeat ac si esset non ab extrinseco, sed ab intrinseco, de quo restat dicendum.

117. Metus *ab intrinseco* dicitur, qui incutitur a causis naturalibus, ut a morbo, tempestate, feris etc.: *ab extrinseco*, qui a causa extrinseca libera: ut idcirco quoties non adest causa extrinseca libera incutiens metum, metus ab intrinseco dicatur; eo quod, si causam liberam spectas, nulla alia sit, a qua metus procedit, quam tua voluntas. Constat apud omnes contractus ex metu ab intrinseco initos validos prorsus esse, dummodo metus talis non fuerit, ut rationem perturbaverit et libertatem ademerit. Cf. c. *Sicut nobis, de Regularibus*. Et ratio est; quia tunc homo nemine impellente, sponte sua contrahit et libere eligit illud medium ad malum, quod timet, avertendum. Eodem autem pacto potest libere agere ad aliquod malum imminens repellendum, quo ad bonum consequendum.*

VIII. 7. Non possunt contrahere, qui bonorum suorum administrationem non habent: quales fere sunt prodigi, furiosi, filiifamilias, uxores, religiosi, pupilli, minores; exceptis quibusdam casibus, de quibus V. Less. l. 2. c. 17. d. 4. et infra hic c. 4. dub. 1.

118. De hac re iam superius actum est.

CAPUT II.

DE CONTRACTIBUS IN SPECIE.

Dub. I.

De Promissione et donatione.

IX. Resp. Quae huc spectant, facile colliguntur ex dictis supra *de Voto* v. 2. tr. 6. Sect. 2. c. 3.

119. A. disserit primo de contractibus gratuitis. Ut sciamus, quid sit promissio, A. nos remittit ad ea, quae de his dixerat ubi de Voto. Ex iis haec delibemus. « Promissionis nomen, ut inquit Lessius lib. 2. cap. 18. n. 1. est generale et potest extendi ad omnes contractus, sicut et nomen stipulationis; possum enim promittere rem aliquam sub aliquo onere (v. gr. ut detur pretium aut res alia), vel gratis. Verum heic loquimur de promissione *gratuita*, qua aliquid promittitur gratis ex liberalitate vel gratitudine, quae sic describi potest: Promissio *simplex* est *deliberata et spontanea fidei obligatio, facta alteri de re quapiam bona ac possibili* ».

120. Hinc discrimen inter promissionem et propositum. Propositum, etiam exterius expressum, nihil est nisi voluntas praesens aliquid postea faciendi; proponens tamen nulla nova obligatione se ad id obligat aut obligare intendit: quare si propositum non servat, inconstantiae arguet se, sed non propterea contra aliam virtutem peccat. Inconstantiae autem turpitudo non sequitur, quasi eam sibi proponens imposuerit; sed sequitur ex natura rei praeter ac contra eius intentionem (Lugo disp. 22. n. 1.). Promittens vero intendit se aliquo modo ligare, ita ut si promissum non servet, id opponatur contra aliquam virtutem scil. sive *fidelitatis* sive *iustitiae*.

Dicitur *deliberata*. Hinc consectaria, quae in Resol. III recensentur. Scil. qui carent libero usu rationis, ut dementes, ebrii, senes deliri etc., infantes etc. nequeunt se promissione obligare. Dicitur *spontanea:* quocirca nullius roboris est, si metu aut fraude extorqueatur.

Dicitur *de re quapiam bona;* quia promissio de re mala obligationem non parit iuxta reg. 69. iuris in 6°. « In malis promissis fidem non expedit observare ». Idque valet, etsi iuramento firmata esset, iuxta reg. 58. iuris in 6°: « Non est obligatorium contra bonos mores praestitum iuramentum ».

Tandem additur « *de re possibili* » quia, ut habet regula 6. iuris in 6°. « Nemo potest ad impossibile obligari ».

Aliqui *pollicitationem* distinguunt a promissione (vid. Palaus), quasi

pollicitatio sit mere *oblatio* ante acceptationem: alii pollicitationem non distinguunt a promissione, sed a pacto, cui praecesserit aliquis tractatus. Vid. Lugo disp. 23. n. 46.

Ex quibus et doctrina praecedentis dubii resolves.

X. 1. Promissio acceptata a promissario, si materia sit notabilis, an sub mortali obliget secundum se spectata, non convenit inter Doctores. Caiet. negat, quem sequitur Merat. to. 2. *de Iust.* d. 19. s. 10. Alii (forte probabilius) affirmant cum Vasq. 1. p. d. 65. c. 7. nn. 4. Fill. Mald. etc. Dixi *secundum se;* quia certum est, quod per accidens possit obligare sub mortali, v. gr. ratione gravis damni, quod alias promissarius pateretur: ut si promisisses ei dare mutuum et ille tibi confisus aliunde sibi non prospexisset. Vid. Less. l. 2. c. 18. d. 5.

XI. 2. Tota haec obligatio communiter dependet ab intentione promittentis. Circa quod notat Sà, vix quemquam promittentium intendere se obligare aut alteri dare ius exigendi, nisi addat iuramentum aut faciat instrumentum: sed plerumque tantum intendere declarare suum propositum. V. Escob. t. 3. e. 5. c. 6. et Mol. disp. 262. n. 8. Hinc, ut in foro externo censeatur valida promissio, requiritur praeter acceptationem, ut exprimatur causa, propter quam promittitur; alioquin praesumitur errore, vel ioco facta. Trull. l. 7. c. 16. a. 6. ex Covarr. et Villal.

121. Quoad 1m Salmant. tr. 14. c. 4. n. 80. dicunt tres esse sententias *et omnes satis probabiles et in conscientia tutas.* Harum prima affirmat, quod quaevis promissio acceptata obligat *sub gravi et ex iustitia;* quia fidelitas promissa ius praebet promissario ad rem promissam.

Quae quidem sententia sic sine circumscriptione plane est intolerabilis et plane falso allegantur pro ea Sanchez, Laymann etc.

Absurdius Salmanticenses, uti probationem, cur obliget sub gravi peccato et *ex iustitia,* reddunt (ex quorum DD. sententia, Deus scit!) rationem « quia virtus fidelitatis ad adimplenda promissa *est valde propinqua iustitiae;* quia praebet promissario ius ad rem promissam »: quae prorsus falsa sunt et secum pugnantia; quia si *propinqua est iustitiae,* non est ergo *iustitia* et *si ius alteri praebet,* est *iustitia.* Eadem tamen confusio cernitur apud Palaum *de Contr.* disp. 2. punct. 8. n. 1.

122. Secunda sententia, dicit, quod qualis sit obligatio, pendet ex voluntate, quam promittens habuit, scilicet, ut aiunt Salmanticenses: « Secunda sententia dicit, pendere ex promittentis intentione, quod promissio acceptata *in gravi materia* obliget graviter vel leviter. Si enim voluit promittens se obligare *ex iustitia et graviter,* hac adstrictus obligatione manebit: si solum ex *honestate et fidelitate,* quomodo contingit frequenter, solum leviter obligatus erit ». Sed ipsi hoc in loco non bene referunt sententiam hanc; nam ubi adsit obligatio *ex iustitia,* gravitatem obligationis doctores huius sententiae patroni non deducunt a voluntate, sed a mensura rei promissae.

123. Tertia sententia ea est, quam ipsi Salmanticenses promunt et s. Alphons. sic eam exponit lib. 3. n. 720. « Tertia sententia dicit, simplicem promissionem non obligare nisi sub levi, quia tantum obligat ex fidelitate »: et pro hac sententia dicunt stare s. Thomam.

Reipsa Salmanticenses l. c. n. 82. duo statuunt: Primum contra priorem sententiam statuunt, promissionem simplicem et gratuitam per se loquendo obligare solum sub veniali. Secundo contra secundam sententiam statuunt, non posse quempiam se obligare ex simplici promissione et simul se obligare ex iustitia. Ratio, « quia qui vult simpliciter promittere et non vult iuramento, scriptura vel alio pacto oneroso vel alia obligatione civili se obligare, solum vult essentialia et naturaliter consequentia ad promissionem simplicem; ergo si ad istam solum sequitur obligatio honestatis moralis..., solum inducet obligationem fidelitatis et non obligationem iustitiae ».

124. Ad haec omnia dici debet, reipsa vix reperiri tres hac in re distinctas sententias et doctores unum idemque docere: etsi quidam differant in modo loquendi.

Et sane ipsi Salmanticenses ibid. n. 81. fatentur, Auctores primae sententiae, qui scilic. (ut male referunt Salmanticenses) dicunt, quamlibet promissionem obligare sub gravi, gravitatem obligationis reducere *ad intentionem promittentis*. Ergo nihil differunt a secunda sententia. Et quidem Salmanticenses ibidem fatentur, se in praecedentibus Tractatibus hanc opinionem saepius secutos fuisse.

At discedunt ne reipsa ab hac sententia, cum tertiam sententiam veluti suam ipsorum proponunt? Videlicet ipsi subdunt ibid. n. 83.: « Nec obstant, quae pro sua parte adducit secunda sententia; non enim negamus, posse quemlibet se ex iustitia obligare, nullo praecedente debito, sicut potest pro alio gratis fideiubere ». Ergo, ut uno verbo dicamus, Salmanticenses fingere videntur primam sententiam, quae, prout ab ipsis refertur, non exsistit, discrepantem a secunda et deinde tertiam addunt, quae ad secundam reducitur.

125. Nam secundae sententiae patroni, uti Lugo et Molina, 1° statuunt id, quod Salmanticenses habent et veluti suum iactant inventum, promissionem, quae obliget solum *ex fidelitate*, non obligare per se nisi obligatione levi. 2° Statuunt posse obligare ex iustitia et tunc promissi violationem ex genere suo esse peccatum grave, si videlicet materia non sit levis, sicuti generatim de obligatione iustitiae admittunt omnes. Posse autem accedere obligationem ex iustitia Salmanticenses non diffitentur. 3° Denique dicunt, pendere a voluntate seu intentione promittentis, utrum se ex sola fidelitate an vero etiam ex iustitia obligent; et hoc ipsum fatentur Salmanticenses.

126. Ut autem intelligatur, quid sibi velit duplex illa vel ex fidelitate vel ex iustitia obligatio: differentia, ut inquit Lugo disp. 23. n. 90., inter fidelitatem et iustitiam in eo est, quod fidelitas nullum ius det promissario, sed solum obliget ex eo, quod quisque debet sua facta conformare promissis; quatenus necesse est ad convictum humanum, non solum quod verba concordent menti, quod pertinet ad veracitatem et opponitur mendacio, ut homines possint credere, sed etiam quod facta concordent verbis seu promissis, quod pertinet ad fidelitatem et opponitur infidelitati, ut homines possint aliis fidere.

Contra vero iustitia ius dat promissario ac promittens se debitorem alterius ita efficit, ut ex stricto iure ipsi debeat.

Fieri autem id posse, sic Lugo explicat ibid. n. 91.: « Non apparet, cur non possis gratuito et sine ullo debito praecedenti velle te ex iustitia obligare alteri ad dandum vel faciendum aliquid postea in eius gratiam. Sicut enim potes ei gratuito donare domum atque ideo transferre in ipsum ius aliquod *reale* in domum tuam, quod sit obiectum propriae iustitiae; cur non poteris transferre in ipsum gratuito ius, non in re, sed ad rem et constituere te debitorem eius ex debito iustitiae? Totum quippe illud, quod potest ex pretio dari, potest etiam dari gratis et sicut potes domum pretio vendere, ita potes eam etiam gratis dare et ita in utroque casu aeque das ius proprium iustitiae in domum; ergo sicut potes pretio accepto ex iustitia te obligare ad aliquid postea faciendum vel dandum, ex qua obligatione das ius ex iustitia propria adversus te, ita poteris hoc ipsum ius dare gratis et constituere te debitorem ex iustitia, velut si pretium pro hac obligatione accepisses ».

127. Hisce praemissis facile patet (vid. Lug. disp. 23. n. 14.), hoc esse discrimen inter promissionem et promissionem, quod obligatus ex iustitia, dicitur *debere alteri;* obligatus vero ex mera fidelitate, non alteri sed *sibi debet,* ut servet promissionem. Nam iustitia obligat ad non laedendum ius alterius seu ad non usurpandum id, quod est alterius sine eius consensu et hoc in casu fit, quando voluntas fuit in promittente dandi alteri ius; quia res nostra sine nostro consensu transferri ad alium non potest. Fidelitas autem non obligat ad id quod alteri debeo, sed ad id, quod debeo mihimetipsi et hoc modo Deus, qui nemini obligatus est ex iustitia, sed ex fidelitate, non debet quidquam alteri ex promissione sua, sed sibimetipsi; quia obligatio illa non oritur ex quodam iure, quod promissarius habeat et quod Deus promittens servare illaesum debeat, sed ex obligatione quam ipse habet servandi fidelitatem in promissis.

128. Quod vero dixi, Auctores fere non nisi verbis discrepare, id facile patet ex collatione.

Ita v. gr. Laymann lib. 3. tract. 4. cap. 12. n. 1.: « Duplex est pro-

missio: una improprie dicta, cum intentio dicentis se facturum aliquid in alterius hominis gratiam, solum est ad obligandum se ex virtute fidelitatis et veracitatis..., secundum quam in dictis constantes, veraces ac fideles esse debemus; cuiusmodi constantiae et fidelitatis obligatio ex genere suo et per se loquendo levis est, solum sub peccato veniali... Altera vero est promissio proprie dicta, cum intentio promittentis est ex iustitia se obligare, ita ut alteri promissionem acceptanti ius et actio, tanquam vere debitum exigendi, saltem in conscientiae foro acquiratur et talis promissio ex genere suo obligat sub peccato mortali ».

Ubi palam est, doctrinam eandem proponi cum Lugo: solum altera dicitur promissio *minus proprie*, altera *proprie dicta*.

129. Ita Lessius lib. 2. cap. 18. n. 55. hanc primo statuit thesim: « Dico primo: omnis promissio serio facta animo promittendi, in re magni momenti, ubi acceptata fuerit, obligat sub peccato mortali ad sui impletionem ».

At n. 58.: « Dico secundo: Si quis utatur verbis promissoriis, non quidem animo serio promittendi, sed tantum ad significandum firmum propositum vel ad firmius asseverandum, ut ei credatur, non obligabitur sub peccato mortali...; quia talis non obligatur nisi lege veritatis (scil. *fidelitatis*), qua tenetur dicta sua efficere vera... Hoc modo multorum promissiones, qui leviter solent multa promittere, sunt intelligendae; non enim mens illorum est serio se obligare, *aut ius alteri tribuere exigendi*, sed dumtaxat firmiter asserere ».

In quibus Lessius eadem docet ac Molina, licet nomen promissionis reservare videatur priori, quae obliget ex iustitia, quia *ius alteri facit*, dum tamen promissionis nomen et posteriori tribuit.

130. Palaus autem convenit cum aliis; sed *de Iustit. Commut.* disp. 2. punct. 8. n. 1. promissionem, quae ex iustitia obligat, vocat *promissionem veram*, aliam vero, quae obligat *ex veracitate*, ut inquit, potius vocandam *assertionem* putat, quae nemini ius parit. Qua in re singulare habet, quod *veracitatem* ab *fidelitate* distinguendam putet ita, ut fidelitas ad *veram* promissionem spectet, quam obligare ex *iustitia late sumpta dicit*.

131. Non aliter Sanchez *de Matrim.* lib. 1. disp. 5. Cum enim n. 20. statuisset: promissionem simplicem acceptatam ab altero ex genere suo obligare ex iustitia et sub mortali, nisi rei parvitas excuset; tamen n. 21. subdit, « intelligenda tamen est haec sententia, dummodo quis *vere* promittat *animo se obligandi*... Et constat, quia, cum promissionis obligatio sit spontanea voluntate contracta, ubi deficit voluntas se obligandi, deficit ipsa obligatio... Ex quo plurimae promissiones excusari possunt a mortali quia per eas homines non intendunt se obligare praecise, sed ex quadam benevola honestate, vel ignorant tantam ex simplici promissione

exsurgere obligationem (sic nulla esset promissio), existimantes solum obligari ad tuendum suum honorem: unde in proverbium abiit, *verba urbanitatis minime obligare* ».

Trullench lib. 7. *in Decal.* cap. 16. dub. n. 2.: « Omnis promissio serio facta animo promittendi in re magni momenti, ubi legitime acceptata fuerit, obligat sub mortali ad sui impletionem ».

Et n. 3. « Si quis utatur verbis promissoriis non quidem animo serio promittendi, sed tantum ad significandum firmum propositum, vel ad firmius asseverandum, ut ei credatur, non obligatur sub mortali ad implendum, nisi ratione damni sequuti; quia tunc solum obligatur lege veracitatis, quae, ut recte Caiet., non obligat sub mortali ».

132. Tradita differentia obligationis *ex fidelitate* vel *ex iustitia*, quae in promissione potest habere locum, facile solvitur quaestio, quam praeterit A. de necessitate *acceptationis*, ut promissio sit valida. Si enim promissio eo spectat, ut inducat obligationem ex iustitia, acceptatio promissarii requiritur vel eius, qui ipsius nomine acceptet; nam nemo potest sua voluntate efficere, ut res sua sit alterius, si ille nolit: unde sequitur quod aliqua dispositio ex parte promissarii requiritur, saltem ut non recuset accipere: haec autem reapse erit semper aliqua acceptatio.

Si vero promissio obliget solum ex fidelitate, videtur quod postquam promissario manifestata est, per se obligare possit ante eius acceptationem. Eo enim ipsa redit, ut tibi ipsi obligationem imponas, ad quam alterius consensus non requiritur. Ceterum in praxi spectanda est intentio vel explicita vel implicita promittentis et in dubio minimum est tenendum. Cf. Lugo disp. 23. n. 39. seqq.

E quibus satis patet, quoad rem non dissidere doctores, sed potius inter se in eo dissidere, quaenam dicenda sit vera promissio.

Interim hoc notandum, non eandem mensuram ad gravem materiam heic assignari ac pro furto, sed communiter exigi saltem quadruplo maiorem. Ita Sanchez l. c. n. 24.

XII. 3. Donare non possunt 1. carentes usu rationis: 2. muti et surdi nati, secus, si tantum sint surdi, vel muti, vel, licet utrumque, si norint scribere: 3. senes deliri sive bis pueri, secus, si sint iudicio vegeto: 4. pupilli, vel impuberes (nisi ad pias causas): donationes tamen eorum in foro conscientiae sunt validae. Vide infra c. 4. d. 1.: 5. damnatus criminis capitalis. V. Dian. p. 8. tr. 6. r. 3.

133. Donatio quid sit, omnes sciunt: donatio est, cum quid, nullo iure cogente, conceditur, quae duplex distinguitur *inter vivos* et *mortis causa*: propria vero donatio, quae et absoluta (ait Vinnius in Inst. l. 2. *de Donation.* ab initio) est, cum quis, solius liberalitatis gratia, sic aliquid dat, ut statim velit accipientis fieri neque ullo casu ad se reverti (nisi lex ipsa id decernat aut fieri posse velit). Cf. l. *Senatus* §. 2. Dig. *de Mort.*

caus. donat. Id valet in donatione inter vivos. Ex iure romano haec perfectum robur habet ante traditionem rei et necessitas traditionis incumbit donatori. Inst. 1. c. §. 2.

Quod ait A. de surdis et mutis, non valet cum iis, qui modo educati et satis discere potuerunt quid sit contractus et suum consensum bene manifestare possunt. De valore donationis pupillorum, qui tamen sint pubertati proximi, confer dicta superius n. 55. Certa enim regula est, eos solos donare posse, qui possunt valide se per contractum obligare. Cf. Lugo. disp. 23. n. 143.

Quod spectat ad damnatos criminis capitalis, conferenda sunt iura, quae variare solent, singulorum locorum, an hac in re aliquid prorsus irritent.

XIII. 4. Qui praesunt Civitatibus, Universitatibus, Rebuspub. etc. non possunt facere donationes, nisi remuneratorias, vel in eleemosynas. Sanch. Dian. p. 8. t. 6. R. 16. Imo si Reges et Principes nimis sint profusi in donationibus, in praeiudicium Regni, vel Status (praesertim si debitis gravati iis satisfacere non possint, vel subditi nimium graventur exactionibus), possunt eae revocari a successore. Bart. Lugo, etc. cum Dian. p. 8. tr. 6. r. 18. et 123.

134. Accipiendum est de donationibus faciendis ex bonis ipsius civitatis etc. Et quod de Principibus additur, supponit, eos non habere aerarium distinctum ab aerario reipublicae.

Ratio est, quia iis competit solum administratio bonorum in utilitatem communitatis, cuius quasi tutores sunt (Lug. l. c. n. 144.). De donatione facta a debitis gravato, de qua heic s. Alph., diximus alio in loco.

XIV. 5. Donatio patris filio facta studiorum causa est valida, nec filius tenetur computare in legitimam; tum quia fuit loco alimentorum, tum quia, si detrahatur, iam non fuit donatio contra hypothesim. Wading et 6. alii cum Dian. p. 8. t. 6. r. 23. et 29. Sed Trull. limitat, nisi constet, contrariam intentionem patris fuisse. Quod si tamen de ea non constet, praesumendum esse de pietate patris, ideoque tales expensas ordinarie post mortem patris non venire in collationem bonorum nec debere conferri in commune, nisi pater protestatus fuerit, se velle in legitimam computari. Ita etiam Wading ex leg. *Si pater* 2. ff. *Familiae ercisc.*

XV. 6. Si Pater officium filio emit, debet pretium computari in divisione cum fratribus, non autem, si illud gratis a Principe obtinuit: uti neque quae filio intuitu meritorum patris sunt donata; quia sunt quasi castrensia. Molin. Fagund. Dian. p. 8. tr. 6. r. 127. et 128.

135. S. Alphonsus sic ista complectitur lib. 3. n. 955.: « Sumptus a patre pro filii studio, libris, doctoratus gradu facti ex communi sententia non debent in collationem et portionem bonorum afferri. Ratio, quia haec cedunt in commune bonum (haec ratio valet si supponatur quod doctoratus conferat ad bonum familiae): nisi in manu patris aderant bona propria filii v. gr. castrensia vel quasi castrensia; tunc enim censetur de illis filium in studiis sustentasse ».

« Extendunt hanc doctrinam 1° ad expensas factas pro aliqua dignitate; tunc enim praesumitur pater potius eas donasse, nisi aliud expresserit aut sumptus scripserit in libro rationum cum filio; quia ex hoc contrarium indicatur: 2° ad expensas factas ut filius militiam ingrediatur, vel obtineat beneficium (intellige annatam seu expensas pro bullis) vel ut liberetur a vinculis aut a poena criminis: 3° ad expensas factas pro filii honesta recreatione ».

Haec tamen omnia ex adiunctis potius diiudicanda et pro proportione, quam expensae habent sive cum debitis alimentis sive cum paternis substantiis, e quibus pars legitima filiis tribuenda.

Ceterum quoniam haec quaestio eo redit, quid ex bonis a parentibus acceptis teneantur filii in commune conferre idque pendet ex variis locorum legibus, hae in primis consulendae sunt: de quibus suo loco aliquid dicendum, ubi de testamentis.

Nunc adverte cum Lugo disp. 23. n. 147. quod si parentes inofficiose donaverint hoc est in praeiudicium legitimae filiorum, eorum donationes revocari possunt a filiis, non tamen sunt per se irritae, sed irritabiles.

XVI. 7. Donatio ante acceptationem non parit obligationem, ne naturalem quidem potestque revocari, etiamsi voluerit se absolute obligare: praesenti autem et tacenti facta, censetur ab eo acceptata; quia in favorabilibus habetur pro consensu. Molin. et alii 18. Dian. p. 8. t. 6. r. 89. 98. et 108. Pro altero vero nemo potest acceptare, sine speciali commissione, nisi donatio fiat Ecclesiae, vel causae piae; nam hanc sine acceptatione valere et irrevocabilem esse, est probabile. Laym. Dian. l. c. r. 106. et p. 3. t. 5. r. 107. Multis tamen casibus, dummodo verba dirigantur in praesentem, potest pater vel mater pro filio, etiam emancipato, tutor pro pupillo, curator pro minore, filiusfamilias pro patre, servus pro domino, monachus pro monasterio, imo etiam, secundum multos, quicumque alterius curam gerit, ut Praelatus pro Religioso, maritus pro uxore, dominus pro servo etc. stipulari. Denique idem iura permittunt Iudicibus et Notariis publicis. Sanch. Molin. Trull. etc. Dian. p. 8. tr. 6. r. 97.

136. Necessariam esse acceptationem, ut valida et firma sit donatio, constat ex dictis de eiusdem necessitate pro promissione obligante ex iustitia.

Afferri tamen solent quaedam exceptiones. Sane excipitur 1° collatio beneficii facta ab Episcopo clerico absenti et ignoranti, quae valida est, nec revocari ab Episcopo potest. Cf. P. 1. n. 486. Sed reipsa haec non est *donatio*.

2° Excipitur donatio facta infanti, vel iis, qui infantibus comparantur; quia pro his lex ipsa acceptat. Quod tamen alii negant; quia lex, quae allegari solet, *Iubemus* C. *de Emancip. liberorum*, tantummodo permittit, ut Pater infantem sine huius consensu emancipet, scil. renunciet iuri, quod habet in bona filii adventitia. Vid. Lugo disp. 23. n. 47-48. Atqui aliud est renuntiare iuri quod quis habet in alium, quod quidem

sine huius consensu per se, nisi lex obstet, fieri potest, aliud transferre ius suum in alterum, quod, nisi is consentiat, fieri non posse videtur.

137. Dicitur 3° probabile esse valere donationem factam Ecclesiae aut causae piae sine acceptatione eius; quia patroni huius doctrinae supponunt, solo iure positivo requiri acceptationem. At probabilius videtur, ut ostendimus, acceptationem requiri de iure naturae. Ergo probabilius haec etiam donatio ante acceptationem revocari potest. Non ergo poenitens est obligandus etc. Quod Salmanticenses dicunt tract. 14. cap. 4. n. 69., posse acceptari a quolibet particulari, nescio quo fundamento dicatur. Regula enim generalis est, acceptandam esse donationem seu promissionem ab eo, qui negotia gerit, aut qui dominium acquirit.

Excipe nisi promissio vel donatio immediate fiat Deo pro Ecclesia; quia tunc habet rationem voti. A quo tamen ante acceptationem, dispensari potest, quia nondum laeditur ius tertii.

In dubio communiter doctores putant censeri factam Deo. Vid. Ligor. n. 726. lib. 3.

138. An possit revocari donatio ante acceptationem, si iuramento fuerit confirmata?

« Negat Laymann, inquit s. Alph. lib. 3. n. 727. et Gury §. 772., quia iuramentum servandum est semper ac servari possit. Sed communiter affirmant alii; quia iuramentum sequitur naturam actus sc. donationis, quae de se revocabilis est, donec acceptetur ».

Sed forte vera est utraque sententia, si rite accipiantur, pro diverso iuramenti sensu seu pro diversa iurantis intentione. Nam si sensus iuramenti est, ut iurans intendat, rem a se abdicare et sic promittat se facturum, quantum in se est, ut gratis transferat dominium in alterum, tunc iuramentum valet ante acceptationem et vi iuramenti tenetur exspectare responsum; iuramentum enim se porrigit ad quidquid potest ipse in eum finem agere. Si vero iurat solum, se non *fracturum fidem* (di stare al contratto), tunc iuramentum supponit contractum perfectum et huic completo accedit: quia fides nascitur solum post completum contractum et ideo nihil prohibet, quominus ante acceptationem revocet promissionem.

139. Si praesens sit promissarius et sileat, communiter dicunt doctores, silentium accipi velut consensum; quia promissio est favorabilis. Ita A.

Veruntamen, uti Lugo observat disp. 23. n. 82., potest contingere, ut res oblata, licet nullum afferat praeiudicium positivum, talis tamen sit, ut de ea nihil vel parum alicuius intersit, v. gr. si virgini a nuptiis alienae promittas matrimonium opulentum et honorificum, aut si Religioso perfecto et mundanos honores contemnenti offeras dignitates. In his enim et similibus casibus silentium inde oriri potest, quod promissarius de re

oblata nihil curet: quare silentium licet non ostendat positivum dissensum et resistentiam, non tamen arguit consensum et acceptationem; potuit enim tacere, ne offerentem contristaret, vel ne contemnere ipsum videretur et tunc non potest ex silentio praesumi positiva acceptatio. Quando autem res oblata aut promissa est grata promissario nec acceptatio ullum affert incommodum, silentium videtur oriri ex modestia et erubescentia et tunc consensum significare videbitur. Quod si eveniat, ut res promissa utique sit promissario aut donatario grata et hic silens acceptet; silentium tamen exterius sit eiusmodi, ut ab iis rebus videatur promissarius aut donatarius alienus easve parum curare; silentium non satis exprimeret acceptationem. Quare licet donatarius conscius praestiti consensus posset licite uti re donata, donator tamen vel promissor, cui non constat de acceptatione, licite posset donationem revocare seu pro nulla habere; quia silentium non satis expressit consensum.

140. Etiamsi praesens sit promissarius, tamen si id ignores, aut certe nullum habeas animum verba tua ad eum convertendi, non obligaberis, si coram illo voluntatem tuam donandi manifestes. Ratio est, quia dominium rei tuae seu ius aliquod adversus te transferri in alium non potest et ab alio acquiri, nisi te transferente. Haec autem translatio tunc fit, quando rem aut ius illud alteri offers vel das: id vero fieri non potest, nisi quatenus id dirigis ad illum atque adeo non fit translatio nisi ex directione illa tua. Haec autem directio est loquutio, qua voluntatem tuam illi manifestas et offers ac veluti tradis. Lugo disp. 23. nn. 71. et 73.

141. Non autem ex defectu directionis, sed potius ex defectu acceptationis vim non haberet promissio, si verba donantis aut promittentis utique conversa fuere ad promissarium praesentem; sed hic non intellexit animum donantis et putavit verba illa proferri per iocum vel ex urbanitate sine animo donandi. Cum desit heic acceptatio, obligatio non oritur ac proinde promissio seu donatio potest revocari; quia verba illa censentur veluti dicta surdo vel ignaro tui idiomatis. Si tamen ante revocationem alius certior fieret de mente tua et acceptaret, tunc donatio valet. Lugo l. c. n. 83.

142. Non tamen obest absentia, quominus donatio fieri possit, dummodo significetur id absenti et hic acceptet.

Circa hoc tamen ex communi DD. sententia adverte (Lugo disp. 23. n. 70-72.), ad validitatem requiri, ut donatio vel promissio per medium aliquod, v. gr. epistolam vel nuntium, ab ipso promittente profectum, promissario vel donatario innotescat: non autem sufficere notitiam quomodocumque habitam donationis, uti v. gr. si quis tertius, qui casu audivit vel a promittente vel a nuntio, id tibi referat et tu acceptes. Ratio est, quia translatio fieri debet per illam oblationem, de qua diximus sup.

n. 140. et haec locum non habet, nisi id praestet aut per se aut per alium promittens vel donans.

Excipe nisi forte promittens seu donans hunc animum suum data opera manifestaret coram multitudine, ut hoc modo notitia ad ipsum pervenire possit, qui v. gr. putetur esse in loco, quem promittens ignorat: quo casu is praesentes omnes veluti sui nuncios instituit.

143. Quando donatio fit absenti, principium generale est, si per nuntium fiat, revocari posse, quandiu ab alio coram nuntio non acceptetur et ex praemissis patet, non valere acceptationem coram aliis. s. Alphons. lib. 3. n. 728. Si vero donator revocet donationem, antequam acceptetur et revocatio innotescat nuntio, quem misit, iam nuntius nihil potest efficere; quia omnis potestas offerendi seu tradendi est ipsi adempta. Si autem revocatio non innotescat nuntio ante exsequutionem, tunc distinguendum est: vel enim hic se mere habet instar nuntii, qui alterius donationem referat remve tradat, vel donationem faciendi mandatum habet. Si prius, facta revocatione, donatio irrita est; quia omnino deest consensus ex parte donantis. Si posterius, valent eius acta et donatio valide acceptatur; tenetur enim mandans habere ratum, quidquid ex vi mandati bona fide nomine eius gestum fuerit, ut iura (infr.) disserte edicunt.

144. Sed heic disputatur, an valere incipiat promissio seu donatio statim ac promissarius acceptavit, an vero solum cum acceptatio significata est promittenti, qui idcirco revocare eam possit, antequam resciat de acceptatione.

Quaestionem hanc de contractibus generatim agentes tetigimus superius n. 43-50. et ibi statutum est, in contractibus onerosis generatim requiri notitiam acceptationis. Ratio est, quia utrinque datur et accipitur ius: ut perfectus igitur sit contractus, opus est, ut utrinque habeatur acceptatio: utrinque igitur haberi debet oblatio. Atqui utrinque oblatio et acceptatio non habetur, si alterutri non constet, an alter acceptet et offerat ius. Ergo.

Secus autem dicendum de contractibus gratuitis. In his enim altera tantum pars offert et altera tantum acceptat. Ergo perfectis duobus hisce actibus, nihil ulterius requiritur ad contractus perfectionem. Vid. Lugo disp. 22. n. 29. 30.

Huc tamen revocanda, quae addidimus l. c., videlicet haec vera esse, si spectetur rerum natura; veruntamen inspiciendam esse quoque voluntatem primi offerentis. Hinc perfici posse et interdum reapse perfici contractum etiam onerosum, antequam acceptationis notitia ad offerentem veniat, v. gr. cum hic mittit tibi pecuniam, ut mittas, si vis, equum. E contrario fieri potest, ut in contractu gratuito offerens suspensam velit obligationem seu potius contractum, quousque resciat, an acceptetur.

Hinc responsio ad casum, quem s. Alphonsus n. 728. sic proponit: « Si donatio offeratur per litteras, Viva dicit sufficere, ut litterae ad donatarium perveniant. At Lessius et Salmanticenses *de Contract.* cap. 4. n. 73. dicunt, requiri amplius, ut remittantur litterae vel nuntius acceptationis, ut donatio sit valida ».

At melius forte dicemus: si in litteris aliquo modo offerens indicet, se responsum exspectare, censebitur, se velle tunc solum obligare, quando de acceptatione ipsi constet. Secus, si nihil tale dicat, sed absolute offerat optioni alterius.

Quod vero s. Alphonsus l. c. auctoritatem Lessii afferat, id ex errore est, qui tribui debet Salmanticensibus l. c., e quibus s. Alphonsus ea sumpsit. Sane Lessius lib. 2. cap. 18. n. 43. in primis clare dicit: « Non est de essentia contractus, ut consensus absentis, cum quo contrahis, tibi innotuerit. Si enim mens tua est, ut statim contractus valeat, posito alterius consensu etiam antequam tibi innotescat, statim valebit ». Et infra: « In gratuitis promissionibus vel donationibus non puto necessarium, ut litterae acceptationis vel nuntius ad donatorem pervenerint; quia non tantum interest eius, qui gratis donat, scire suam donationem acceptari, quam eius, qui sub onere aliquo offert et *repromissionem* exspectat, nosse, alterum repromittere: cuius signum est, quod donator non sit multum de eo cognoscendo sollicitus ».

Decepti autem sunt Salmanticenses, quia Lessius inchoat illam paragraphum per haec verba: « Si vero per litteras promissionem tuam absenti obtuleris; ut acceptatio eius sit valida, ita ut retrocedere nequeas, requiri, ut ea vicissim per litteras vel per nuntium ad te missum innotescat ». At ex contextu immediate praecedenti patebat, ibi sermonem esse de oneroso contractu saltem praecipue et quidem quia *non praesumitur mens offerentis esse, uti velit contractum impletum ante notitiam acceptationis.* Ita sane concludit: « quod maxime locum habet in promissionibus respectivis, quae requirunt repromissionem ». Tum subdit verba superius citata de gratuitis contractibus.

145. Quaeritur, num valide quis acceptet, si donans ante acceptationem obierit.

Resp. 1° Hac in re inspiciendas leges cuiusque loci proprias et tum heres defuncti tum donatarius poterit in conscientia legibus acquiescere.

Resp. 2° Si principia iuris naturae adhibeantur, dicendum prorsus cum Lugo disp. 23. n. 76., totum hoc pendere a voluntate donantis, cuius est intentionem ita extendere vel restringere, ut voluntas eius atque obligatio post mortem perseveret vel non.

Et vero infirma dicenda videtur ratio sententiae oppositae: quod « *non possit voluntas acceptantis uniri cum voluntate defuncti, qui iam non*

est » : quasi nempe desit id, quod est veluti essentia in contractu, *duorum nempe consensus in idem placitum.* Nam, ut habet Lugo l. c. n. 81., voluntas donatarii coniungenda est voluntati donantis coniunctione non mathematica, sed morali: pro qua satis est praecessisse voluntatem donantis nec fuisse revocatam et postea poni voluntatem et acceptationem donatarii. Sic enim efficax esse poterit voluntas donantis, quemadmodum efficax est voluntas testatoris erga heredes et legatarios, qui fere ne notitiam quidem testamenti nisi post mortem testatoris habent.

Itaque vel donans heic et nunc habet voluntatem donandi et transferendi dominium in alium decretumque hoc suum exsequitur, et tunc si nuntium vel epistolam miserit, quo declaret hanc suam voluntatem, valide acceptatur, etsi tunc mortuus ipse fuerit. Si vero solum dedit mandatum donandi; si moriatur ante exsecutionem, invalida erit; quia potestas mandatarii exspirat cum morte mandantis: excipe nisi voluisset, ut mandatarius valide etiam post mortem ipsius operaretur. Si tamen tunc mandatarius tum donatarius ignorent mortem mandantis: valet donatio; quia gesta per mandatarium, quandiu mors vel revocatio ignoratur, valida sunt ex §. 10. *Inst. de Mandato* lib. 3. tit. 27. et l. *Inter causas* init. et §. 1. Dig. *Mandati.*

Hinc concluditur, non posse heredes revocare defuncti donationem, utut haec acceptata post mortem fuerit, quando constet, hanc fuisse defuncti voluntatem; sed hac defuncti voluntate teneri, non secus ac voluntate patefacta per testamentum, qua profecto ligantur.

Oppositae tamen sententiae sua est probabilitas: vid. s. Alph. n. 729. 730. Et sane comparatio illa cum testamento, qua utitur Lugo, nimis claudicare videtur; testamentum enim non est contractus, sed lex quaedam utique privata, sive dispositio ad modum legis. Confessarius ergo ea opinione uti poterit, si quando necesse sit, v. gr. si exsecutioni demandata non sit donatio, si litterae interceptae etc.

146. Si vero non donans, sed donatarius praemortuus fuerit, placet doctrina Lessii, qui quaerens, an possit heres acceptare lib. 2. cap. 18. n. 35. respondet: « Ex rigore non posse, quia ad illos (heredes) directa non fuit. Et sane heres succedit in iuribus *realibus* defuncti, non autem *personalibus*, cuiusmodi est *acceptatio donationis* sive ius acceptandi. Videtur tamen posse ex quadam aequitate; quia heredes personam defuncti repraesentant et praesumendum est, eam esse mentem donatoris, ut si defunctus beneficio eius frui non possit, heredibus illius prosit, nisi de contrario constet: quod intellige, si illius heredes sint liberi, secus si extranei ». Quam doctrinam refert et non improbat s. Alph. n. 731.

XVII. 8. Etsi acceptes donationem verbalem, qua tibi Caius v. gr. dat equum absentem, non acquiris ius in re et dominium equi ante traditionem. Unde si interea Caius

det aut vendat eum alteri eique tradat, is dominium acquirit, tu autem habes actionem in Caium pro iniuria ratione iuris, quod habebas ad rem. Ac sic donatio pure verbalis ante realem, hoc est rei traditionem, vix differt a promissione, ut Less. l. c. dub. 2.

147. Constant haec ex dictis in 1ª parte huius Tract. c. VI. Idcirco nihil addendum.

XVIII. 9. Donatio, uti et remissio debitorum liquidorum, una vice et uno animi motu, uni aut pluribus facta, ultra summam 500. solidorum (quae summa hodie ad 700. vel secundum quosdam ad 800. aureos Italicos excurrit, ut ex Claro etc. notat Laym. l. 3. tr. 4. c. 12. n. 15) non tenet quoad hunc excessum, sed lege ita statuente, ob commune bonum, potest a donatore pro arbitrio repeti. Excipe, nisi Iudici donatio ea insinuata sit aut iuramento firmata aut facta ad pias causas aut ad redemptionem captivorum aut ad reparationem aedium incendio vel ruina destructarum aut sit remuneratoria beneficiorum aut fiat in remunerationem iurium, saltem speratorum vel denique fiat militibus a belli duce, ex bonis propriis mobilibus vel hostium spoliis. Vide Less. l. c. lib. 2. cap. 18. n. 102. Laym. l. 3. t. 4. cap. 22. n. 15. Tanner. d. 6. *de Iust.* qu. 2. dub. 2. n. 15. ex Mol. Claro, Rebello etc. Quare, si tunc repetatur, quod absque iis conditionibus vel ultra dictam summam datum est, tenetur donatarius reddere ipsi aut heredibus repetentibus; si non repetatur, potest retinere. Vid. auctores citt.

148. Haec est dispositio a iure civili romano vim habens. Quocirca necesse est nunc singularum gentium leges inspicere.

Porro iure romano cautum fuit, ne validae sint donationes quae 500. solidos excedant. Ita Inst. lib. 2. tit. VII. *de Donation.* §. 2. « Cum retro principum dispositiones insinuari eas (donationes) actis intervenientibus volebant, si maiores fuerant ducentorum solidorum, constitutio nostra eam quantitatem usque ad 500. solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit ». Constitutio autem, quam heic appellat, habetur in Cod. tit. *de Donat.* lib. 8. tit. 54. et est penultima, ubi §. 3. innuitur, aliam a Iustiniano datam Constitutionem, qua ad tercentos solidos quantitatem extenderat.

Ratio Constitutionis est, inquit Laymann lib. 3. tr. 4. cap. 12. n. 15., « quia non expedit Reipublicae, ut cives facultate donandi ad paupertatem redigantur ». Donationes autem maioris summae, quae actis insertae non sunt, non vitiantur ex toto, sed solum quatenus legitimam summam excedunt l. *Sancimus* C. *de Donationibus*.

Insinuatio hoc in loco non est iudicialis cognitio causae aut decretum, sed sola iudicis praesentia et consensus.

Casibus exceptis ab A., in quibus scilicet necessaria non est *insinuatio* ad valorem donationis, addi solet 1° donatio ob nuptias, 2° remissio ususfructus adventitiorum filio facta a patre (a).

Eadem de causa ex iure positivo irrita est donatio omnium bonorum

---

(a) Ex iure gallico C. C. art. 931. et Italico C. C. art. 1056. omnes actus (qui iure nempe sint validi) donationis per actum publicum fieri debent, secus nulli sunt. E.

tam praesentium quam futurorum, tam mobilium quam immobilium. Ratio est, aiunt, quia aufert liberam testandi facultatem, quod iure civili indecens est ac reipublicae noxium existimatur (a). Est communis sententia DD. cf. Lessium l. 2. c. 18. n. 93. Est praeterea actus prodigalitatis, quae per se vitium est. Cf. s. Thom. 2. 2. q. 119. a. 2.

149. In foro tamen conscientiae, donatio sine insinuatione, ultra praescriptam quantitatem, valet, si fiat Ecclesiae aut causae piae aut pauperibus; haec enim non secundum ius civile, sed secundum ius canonicum regenda sunt. Item valet absoluta donatio omnium bonorum etiam futurorum facta, ut Christi consilium, prout ab Ecclesia intelligitur, sequamur: *vade et vende omnia, quae habes et da pauperibus et veni, sequere me*, Matth. XIX. 21. Nequit enim ius civile pietatis officia impedire aut restringere et Domini consiliis contradicere. Cf. Laymann l. c. nn. 15. 16. Neque ibi est vitium prodigalitatis.

Nam, ut ait s. Thomas art. cit. ad 3m: « Superexcessus prodigalitatis non attenditur principaliter secundum quantitatem dati, sed magis inquantum excedit id quod fieri oportet. Unde quandoque liberalis maiora dat, quam prodigus, si necessarium sit. Sic ergo dicendum, quod illi, qui intentione sequendi Christum, omnia sua dant et ab animo suo omnium temporalium sollicitudinem removent, non sunt prodigi, sed perfecti liberales ».

Si vero huiusmodi rationabilis et pia causa absit, talis donatio absoluta bonorum praesentium et futurorum, etiamsi iuramento firmetur, probabilius nulla est aut revocari semper potest; quia sic in eam te conditionem coniicis, ut aut vivere non possis aut necessitatem aliis imponas te alendi, absque ulla sufficienti ratione, quod reipublicae noxium est: est ergo actio contra bonos mores. Etsi enim fideles sponte et libenter eleemosynas faciant iis, qui pro Christi amore sua omnia reliquerunt, maxime si se etiam in communem utilitatem impendant; non tamen id praestare intendunt, si quis temere, nulla ratione consiliorum Christi habita, se ad extremam inopiam redigat.

Notant tandem DD. non esse censendam donationem omnium bonorum, si quis vel sola praesentia donet, vel si, proprietate donata, sibi reservet usumfructum: quae quidem clara sunt.

XIX. 10. Si donationi apponatur modus, tacite vel expresse, non quidem obligando, sed tantum desiderando, sperando, etc. aliquid alterum facturum vel animo eum ad hoc inflectendi, valet donatio, etsi finis non sequatur. V. gr. dat aliquis puellae ad eius

---

(a) Deficientibus ascendentibus et descendentibus, liberalitates per actum inter vivos aut per testamentum, possunt exhaurire totalitatem bonorum. C. G. art. 916. cf. Gury §. 805. Sed donatio inter vivos, quae comprehendat etiam bona futura, quoad haec nulla est. art. 943. E.

consensum eliciendum, si postea non consentiat, non tenetur datum reddere; nam. etsi non dedisset, si scivisset eam sibi non consensuram, tamen dedit absolute. sine obligatione alia, ut ponitur. Secus esset, si vere intendisset eam obligare et hac conditione dedisset. Less. c. 18. d. 16. et 17.

XX. 11. In similibus donationibus allectivis potest aliquis, v. gr. praedicta puella, acceptare, etsi non intendat praestare, quod donator sperat, cum donatio sit absoluta, animo alliciendi, non obligandi. Unde, si spe frustratus repetat, dicens se non dedisse, nisi sub tali obligatione, non tenetur puella credere; quia eo ipso, quod donator non expressit conditionem, praesumitur sine ea dedisse et repetere vel animo vindictae, vel ut consensum extorqueat. Less. l. c. Dian. p. 1. t. 2. m. R. 40.

150. *Modus*, de quo loquitur A., is est, qui descriptus est n. 23. et cohaerenter ad ea, quae ibi dicta sunt, heic resolvit A. Ait: *non obligando*, sed *desiderando* etc.; si enim obligare intenderet, modus rediret ad conditionem. Porro donatio absolute facta, statim plenum suum sortitur effectum et irrevocabilis est. Unde resol. 11. Auctoris. Monet s. Alph. n. 734. ex Salmanticensibus, difficulter excusari puellam posse a peccato scandali etc. Sed ista huc proprie non pertinent. Praeterea inspiciendum, an non adsit gravis aliqua causa non respuendi dona.

Ceterum ad casum rei datae sine obligatione ad aliquem finem, merito revocatur casus *legati* relicti puellae, ut nubat. Nam retinere potest, etsi non nubat et si moriatur ante nuptias, transit ad heredes. Cf. Gury §. 830. Sed de his speciatim, ubi de testamentis.

Si donans intendit donatarium obligare ad certum finem vel usum, donatio erit irrita, si finis, qui non praestatur, erat principalis: v. gr. donas triginta scutata alicui, ut providere sibi possit vestem religiosam, quam velle induere se dicit. Ratio est, quia sicut in potestate donatoris est donare vel non, sic etiam limitare ad certum finem vel usum donationem potest. Si ergo sic limitat nec alia adest causa cur donet, irrita est donatio, utpote cui conditio deest, sub qua facta fuit. Sed talis donatio est potius *sub conditione*.

Si vero finis sit secundarius, et non praestetur, subsistat tamen finis principalis: donatio non erit irrita. Ita si des monasterio 100. aureos cum aliquo onere, non potes repetere, si non impleat onus, sed cogere ad implendum, si possit.

Ratio est, quia censetur subsistere finis principalis, nempe salus animae vel Dei honor, quem intenderis. Excipe nisi in actu donationis expresse mentem tuam indicasses, nullam fore donationem, cessante illo fine. Vid. Less. lib. 2. c. 18. n. 124-128.

XXI. 12. Non tenet donatio ob causam praeteritam, vel praesentem, quae vera non est, ut v. gr. si dem tibi aliquid, quia apud Principem meam causam transegisti, vel quia pauper es et revera non ita est; teneris restituere, cum sit error in formali causa et principali. Unde qui mentiuntur se pauperes, cum non sint, debent aliis pauperibus eleemosynam restituere. Aliud est, si error sit tantum in causa secundaria, ut v. gr.

si vere sint pauperes et simulent insuper sanctitatem, ad hominum misericordiam provocandam; quia tunc primaria intentio dantium est dare pauperi. Bon. Less. V. Dian. p. 8. t. 6. R. 89.

151. Cum error est in causa unica vel principali, manifesta est doctrina Auctoris; nam talis donatio est involuntaria: procedit enim ex errore, quo non exsistente, donatio non fieret. Atqui, ut ait Lessius. l. 2. c. 18. n. 129., donatio, ut omnino valida sit, debet esse non tantum voluntaria, sed plene voluntaria cum pendeat ex liberalitate.

Addit proinde idem n. 131., rescindi posse donationem etiam cum sola causa secundaria deest, si haec reapse causa fuit donationis. Cf. dicta n. 85. Bene tamen subdit Lessius, quod si conditio donantis et rei donatae sit talis, ut putetur ille nolle obligare ad restitutionem, poterit donatarius retinere.

Hinc ait n. 132.: saepe fit, ut qui simulatione infirmitatis, paupertatis, sanctitatis vel obsequiorum aliquid impetrarunt, non teneantur ad restitutionem; quia donatores non censentur velle hanc obligationem imponere, idque ob liberalitatem vel benevolentiam, amicitiam, vel ob rei parvitatem, vel quia res est consumpta, vel difficilis esset restitutio. Si vero res sit notabilis et putetur donator velle, ut res per fraudem accepta restituatur, restituendum est: ita v. gr. impostores, qui fingunt se collectas habere pro aedificanda ecclesia, pro christianis Orientis etc.

Dub. III.

Quibus casibus potest donatio revocari.

XXII. Resp. 1. Donatio inter vivos, hoc est, qua quis vult, se vivo, rem absolute alterius esse, potest revocari (etsi res iam tradita sit) tribus casibus; nisi tamen donatio fuerit remuneratoria, aut facta sit Ecclesiae vel Monasterio.

152. Celebris est distinctio donationis in *donationem inter vivos* et *donationem causa mortis*, de priori nunc est quaestio: ea est quae fit sine ulla mortis cogitatione, pro qua et dicta in dubio praeced. valent: definitio eius apud A. clara est. Cum dicenda ab A. pendeant plerumque a iure romano, intelligit lector, oportere modo, quoad huiusmodi, quae a solo civili iure vim habent, leges vigentes inspicere singulorum locorum.

Sunt autem hi Casus.

XXIII. 1. Si donatarius enormiter ingratus sit: ut si donanti atroces iniurias inferat, si inopia pressum non alat etc. Quod notandum pro filiis, quibus parentes omnia donarunt et eos postea negligunt. Sylv. Less. Bon. Trull. c. 17. d. 12. Neque valet pactum, ut donatio non possit ob ingratitudinem revocari. Bartol. et alii 3. Lugo, Dian. p. 8. t. 6. r. 57. Debet tamen ingratitudo coram iudice probari, ante cuius sententiam

donatarius non tenetur restituere Mol. Lugo, et alii 4. Dian. l. c. r. 58.: post eam vero etiam fructus perceptos post litem contestatam. Mol. Dic. Dia. r. 58. Ab heredibus autem non potest revocari ob eas causas, ob quas donator ipse potuisset, si eas ipse scivit et tacuit, secus, si ignoravit. Gom. Hurt. Wading. Lugo, Diana l. c. r. 54.

Et quidem revocatio etiam habet locum in legato respectu legatarii, si defunctum testatorem gravi iniuria afficiat, v. gr. uxorem eius carnaliter cognoscat. Mol. Dicast. Dian. l. c. r. 58.

Non habet autem locum 1. in donationibus factis Ecclesiae, tametsi Praelatus, vel clericus fuerit ingratus; quia facta est ob bonum animae testatoris et principaliter Deo, qui ingratus esse non potest. Less. Lugo, Hurt. Haun. Wad. Dian. l. c. r. 56. 2. In donatione remuneratoria v. gr. pro beneficiis alias non debitis et aliquo modo aequivalentibus; quia potius est remuneratio, quam donatio. Remuneratoria autem censetur 1. si donator in ipsa donatione expresse meminerit meritorum, vel 2. si de meritis constet, 3. in dubio. Dian. l. c. r. 115. 116. 17. 19. 20. ex Barbos. etc.

153. In l. ult. C. *de Revocandis donationibus* sic enumerantur causae, ob quas titulo ingratitudinis licet revocare donationes: « Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas, firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor *ingratus* circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effundat, vel manus impius inferat, vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat quae non levem sensum substantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conventiones sive in scriptis donationis impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit ». Sunt nempe 1° gravis iniuria verbis illata, 2° iniectio impia manum, 3° ingens iacturae moles, 4° insidiae illius vitae structae, 5° non exsecutio conditionum donationi appositarum.

Adde: non referre, utrum donator poenam revocationis adiecerit donationi in casu, quo conditionibus donationis non pareretur nec ne; revocationem enim lex ipsa satis comminata est. Voet lib. 39. tit. 5. n. 22.

154. Recte monet Lugo disp. 23. n. 168. « Circa hos ingratitudinis casus, adverte 1° in iis omnibus requiri culpam in donatario; si enim licite donatorem infamet, vel dehonoret, vel accuset, quando accusare debebat, vel se iuste defendendo periculum ei vitae attulit, vel iuste percutiat aut promissa non observet, non poterit eo titulo donatio revocari; quia revocatio haec est poena, quae sine culpa non incurritur. 2° Neque etiam, quando donatarius donationem ignorasset, quod contingere posset, quando procurator eius nomine illam acceptasset, tempore quo iniuriam intulit: non enim potest esse ingratitudo, ubi non est notitia beneficii accepti.

155. Cum autem in lege sup. n. 153. allata addatur: « Ex his enim *tantummodo* causis, si fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus: ne sit cuiquam licentia res capere et frugalitatem irridere donatoris et

ipsum iterum donatorem suasque res perdere et praefatis malis ab ingrato donationis acceptore affici »: ex his, inquam, dubitandi occasio sumpta, num solum ex hisce causis liceat, propter ingratitudinem, donationem rescindere, non liceat ex aliis, quae eiusdem aut etiam gravioris ponderis videantur.

Et fuerunt, qui docerent, hisce solum de causis, quae in lege enumerantur, revocari posse: vid. Diana tom. 6. tract. 7. *de Donationibus*, resol. 130. n. 2.; quia odiosa sunt restringenda.

In his est Molina disp. 281. n. 7. 8. et etiam Lugo disp. 23. n. 173. At uterque fatetur, aliam sententiam esse communem, nec rationes alioquin afferunt, cur haec deseratur. Conciliari tamen utraque sententia poterit, si causae enumeratae indicent diversa iniuriarum *genera*, scil. in bonis famae, in bonis fortunae, in bonis vitae etc.

Sane communis est opposita sententia, ut tradit ibid. n. 3. Diana. Et ratio est, quia non potest donator censeri voluisse se obligare ad rem promissam, si tales occurrerent circumstantiae. Praeterea lex iniqua esset ex eadem ratione, ac nulla iure ipso declaratur conventio de non revocanda donatione ob ingratitudinem; invitaret enim ad delinquendum et impunitatem crimini promitteret.

Hanc sententiam amplectitur Auctor, ubi enumerat causam alimenti negati in necessitate. Consentiunt et iurisconsulti, ut videre licet apud Voet lib. 39. tit. 5. n. 22., qui inspici possunt eo loco, ubi tractantes de inofficioso testamento palam faciunt, quam longe a recta ratione aberrent illi, qui putant, nulla alia ex causa, quam quae disserte in iure exprimatur, aut rescindi donationes aut exheredari quempiam, aut puniri alio modo posse. Vid. Voet lib. 5. tit. 2. n. 24.

Quoad alimenta, tunc ingratitudo gravis censebitur, si multa et magna donata fuerint; tunc enim si v. gr. vetula ob donationem patiatur magnam penuriam, cogendus est donatarius, ut aut alat aut restituat. De hac quaestione Diana l. c. res. 132. « Censeo opinionem Molinae (quod ob negata alimenta nequeat revocari) in puncto iuris esse veriorem, sed consuetudinem stare pro communi ». Vid. ibid. rationes utriusque partis.

Illud heic consequens, posse confessarium consentire, ut donator in foro conscientiae licite promissum non impleat, ubi *aequivalens ingratitudinis causa* intercesserit.

156. Dixi, *causa aequivalens;* nam leviores causae ingratitudinis revocationi faciendae haud sufficiunt. Licet enim leges et recta ratio omnem omnino, licet leviorem, ingratitudinis maculam vitiumque damnent; non tamen ideo eam revocatione donati protinus mulctari voluerunt. Tolerant scilicet legislatores leviora, dum emendare nequeunt ac satis praevident, fora omnia ac tribunalia non suffectura actionibus adversus ingratos

movendis, si quodlibet ingratitudinis etiam levioris crimen severa lege vindicandum foret. Voet. l. c. n. 22. in fin.

157. Quod additur, non posse heredes revocare etc., quando crimen novit ipse donator et tamen tacuit, id cautum est in eadem, quam sup. n. 151., allegavimus *Iustiniani Constitutione:* « Hoc tamen, inquit, usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuerit; silentium eius maneat semper et non a posteritate eius suscitari concedatur vel adversus eum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus eius successores »: alias leges allegatas vid. apud Voet l. c. n. 23.

Consequens est, ut si donatarius vel donantem occiderit nec donans revocandi voluntatem inter vulnus et mortem inde sequutam testatus fuerit, non possint heredes donatarium actione hac revocatoria inquietare.

Itemque nec heredes donatarii occidentis ac forte mortui inter tempus vulneris donanti inflicti et mortis ex vulnere sequutae, revocationem donationis pati debent, si vivente donatario donans voluntatem revocationis non declaraverit. Voet. lib. 39. tit. 5. n. 23.

158. Constitutio facultatem adimit heredibus revocandi donationem, quando donator ipse non ignoravit ingratitudinem et tamen tacuit.

Recte autem plures apud Molina disp. 281. n. 3., cuius sententiam Lugo dicit probabilem disp. 23. n. 169., advertunt, non eum dici tacuisse, qui etsi sciverit iniuriam, tempus tamen non habuit ad donationem revocandam itemque si iniuriam ignoravit. Non enim dicitur tacuisse, qui ignoravit aut tempus non habuit ad agendum.

In hisce igitur adiunctis etiam post donantis mortem licebit eius heredibus donationem revocare. Vid. Lugo disp. 23. n. 171.

159. Huc etiam pertinet casus, quem A. memorat de revocando legato ingrati legatarii, ob gravem iniuriam in defunctum legantem.

Quo spectat l. 1. Dig. *de His, quae ut indignis auferuntur* « Divi Severus et Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicommisso libertum, quae ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatorem detulerat, quamvis et praemium meruit (puta, ut delator) ».

Et l. *Si inimicitiae* Dig. eod. tit. « Si inimicitiae intervenerunt inter legatarium et testatorem et verisimile esse coeperit, testatorem noluisse legatum sive fideicommissum praestari ei, cui adscriptum relictum est, magis est, ut legatum ab eo peti non possit. Sed et si palam et aperte testatori maledixerit et infaustas voces adversus eum iactaverit, idem erit dicendum. Si autem status eius (an testator e. gr. ingenuus esset vel libertus vel servus) controversiam (legatarius) movit, denegatur eius, quod

testamento accepit, persequutio ». Vid. Dian. tom. 6. tract. 7. res. 134. n. 5. et Molina disp. 212. n. 7., qui tamen monet, non deberi ante sententiam, quia id in poenam statutum est.

160. Pactum non revocandi donationem etiam ob *ingratitudinem* nullum est, etiamsi idem pactum fiat ipso donationis tempore.

Ratio est; quia eiusmodi conventio, utpote invitans ad delinquendum et futuri criminis continens remissionem, ipso iure nulla est. Huc spectat quod habetur l. *Si unus* §. 3. Dig. *de Pactis*: « Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat ». Et §. 4.: « Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam ». Vid. et §. seq., tum etiam l. 70. §. 5. Dig. *de Fideiussoribus*.

161. Quid dicendum vero, si pactum non revocandi donationem donator *iuramento* confirmavit?

Resp. cum Molina disp. 281, n. 11. si iuramento solum donatio sit confirmata, nullum dubium est, posse eam revocari, quia iuramentum non secus ac donatio, cui adiungitur, habet implicitas tacitas conditiones, cuiusmodi in casu est « nisi sit ingratus ».

Si vero iuramentum adiungatur pacto non revocandi etiam ob ingratitudinem, censet Molina, revocari non posse; quia iuramentum semper servandum est, quoties sine peccato impleri potest. Atque eandem sententiam sequitur Lugo disp. 23. n. 124.; quam in rem uterque appellat cap. *Quemadmodum* §. *Illud autem, de Iureiurando,* ubi (inquit) Pontifex statuit, maritum *non posse accusare* uxorem, si iuramento spopondit, se eam de adulterio non accusaturum. Sed Lugo leviter hanc quaestionem tangit.

162. Verum non ita clare suffragatur ius Canonicum. Inquit enim: « Quod si expresse iurasset, quod eam super adulterio non impeteret, essetne servandum eiusmodi iuramentum? Cum Scriptura testetur, quod patronus est turpitudinis, qui celat crimen uxoris et secundum regulam Evangelii, si primo et secundo correcta resipiscere nollet, dicendum esset Ecclesiae, ut tanquam ethnica et publicana deinde vitaretur, ne (erronee Editio Coloniae Munatiana an. 1783. legit. *nec*) per hoc libera praeberetur ei peccandi facultas propter impunitatem peccati (deest apodosis, sed facile subintelligitur, ratione etiam habita seqq.). Sed nunquid vir non potest dimittere uxori peccanti non solum septies, sed etiam usque septuagies septies, secundum evangelicam veritatem? Tutius ergo in hoc casu videretur, ut propter iurisiurandi religionem vir accusare desistat uxorem ad divortium celebrandum: quanquam denunciare eam possit ad poenitentiam peragendam ».

Porro, uti advertunt Suarez *de Iuramento* lib. 2. cap. 17. nn. 19. 20. et Pirhing ad lib. 2. tit. 24. sect. 1. n. 48., utique obligatorium esse potest iuramentum de uxore non accusanda, si agatur de adulterio iam perpetrato et iuramentum fiat post notitiam delicti. At si agatur de iuramento non accusandi et res sit de delicto perpetrando ac propterea cum promissio per se sit turpis et contra bonum commune et iuramentum adiunctum propterea irritum sit: hinc duas ad praemissum textum afferunt responsiones. 1ª est, *tutius* ibi non significare obligationem; sed cum possit vir non accusare, si velit, tutius dicitur non accusare *ad divortium,* quia maior in hoc est reverentia iuramento et non omittitur remedium sufficiens, quod est in *denuntiatione* canonica. 2ª est, Pontificem potuisse in hoc casu non habere ut turpem promissionem, quia salva manebat potestas denunciandi; qua cum prospici possit bono publico et privato uxoris, cessat causa turpitudinis in promissione. Conf. etiam Schmalzgrueber ad tit. 24. *de Iureiur.* nn. 90-92. tom. 2. part. 2. pag. 284-286.

163. At enim pactio in re nostra de qua nunc agimus, uti superius vidimus n. 160., ideo irrita declaratur; quia contraria est bono communi ac bonis moribus. Iuramentum igitur ei adiunctum per se et plane est irritum nec obligatorium esse potest. Et poterit utique quispiam iniuriam ingratitudinis condonare et poterit etiam ad id obligari iuramento, quod post factum emittat; quia tunc iurat de re licita: at ex vi iuramenti praecedentis, quod pacto illi turpi adiungatur, obligari nullatenus potest.

Quod vero ex probabili Suarez interpretatione dictum est secundo loco de iuramento, quod licite fiebat ideo, quia prospiciebatur incommodo per *denuntiationem canonicam,* id in casu nostro si iuretur pactum non revocandi donationem etiam ob ingratitudinem, uti patet, nullum habet locum. Vid. Diana l. c. resol. 132. n. 2.

Ceterum Molina, utut oppositam sententiam praelegerit, tamen sic concludit eam paragraphum disp. 281. n. 11.: « Observa tamen, cum donatarius ob ingratitudinem se ipsum indignum reddat, cui iuramentum servetur; arbitror potestates non solum ecclesiasticas sed etiam seculares, iuxta dicta disp. 149., posse in poenam talis ingratitudinis relaxare donanti iuramentum illud factaque ea relaxatione, posse licite agere ad revocationem donationis ». E quibus patet, non satis firma ei visa fuisse quae dixerat de illius obligationis firmitate.

164. Ratio, cur revocari non possit donatio facta Ecclesiae ob ingratitudinem praelati aut clericorum, satis patet. In opposita utique sententia fuere quidam. Vid. Diana tom. 6. tr. 7. res. 131. Scilicet Fagundez *de Contract.* lib. 4. C. 14. n. 16. censuit, revocari valide donationem factam Ecclesiae aut Ordini religioso propter ingratitudinem Praelati, seu Supe-

rioris. At Diana: « Communis opinio est, ob ingratitudinem Ecclesiasticorum non revocari donationem; quia donatio illa fit ob bonum animae donatoris et principaliter Deo, qui non potest esse ingratus ». Ita et Lugo disp. 23. n. 175.

Cavendum scilicet est, ne ex praelati crimine Ecclesia debeat damnum subire; cum Ecclesia non deliquerit et nemo alieno debeat odio praegravari aut ex alieno delicto puniri. Voet. lib. 39. tit. 5. n. 23. vid. ibid. textum Iuris.

« Si tamen, addit ibidem Voet., reditus rerum Ecclesiae donatarum praelato illi cedat, iniquum haud fuerit, ipsum ob ingratitudinem in donatorem commissam eo privari proventu, per donatorem percipiendo, donec ingratus officii successorem nactus fuerit ». Ast haec haud satis recte.

Si quam enim poenam ingratus meretur, hanc infligere ipsi debet qui contulit beneficium, scil. Ecclesia, cui donatio facta fuit. Porro si matri donasti et filius, cui mater rem assignavit, est ingratus, non potes ipse auferre filio; quia iniuriam matri faceres, sed ad matrem spectat, filium ad officium reducere.

165. Quaeritur an ob ingratitudinem revocari possit donatio remuneratoria seu antidoralis.

Donatio antidoralis, quae fit propter obsequia, servitium, aut beneficium acceptum, non potest dici *donatio mere gratuita* et liberalis, licet ex liberalitate veluti ex dispositione oriatur, sed potius *est quaedam compensatio* pro re accepta; ad quam compensationem licet donator non teneatur ex iustitia, negari tamen non potest, quin saltem teneatur ex naturali gratitudine. Hinc iurisconsulti docebant, hanc donationem non indigere insinuatione, si merita donationem adaequant. Vid. Diana t. 6. tr. 7. res. 17. et 20. n. 6.

166. Addit A. in parenthesi = *pro beneficiis alias non debitis* =. Ratio est, quia si obsequia et servitia sunt debita, non sunt digna remuneratione. Ergo si debita sunt obsequia, donatio censetur gratuita et non remuneratoria, ac proinde revocari potest. Ita v. gr. discipuli donatio erga magistrum, aegroti erga medicum etc.

Veruntamen ut donatio censeatur remuneratoria, necesse non est, ut beneficia gratuita, seu non debita, quibus remuneratoria fiat donatio, exaequent merito suo valorem donationis. Nam, ut inquit s. Thom. 2. 2. q. 106. art. 6.: « Recompensatio gratiae respicit beneficium *secundum voluntatem benefacientis;* in quo quidem praecipue hoc commendabile videtur, quod gratis beneficium contulit, ad quod non tenebatur. Et ideo qui beneficium accepit, ad hoc obligatur ex debito honestatis, ut similiter aliquid gratis impendat. Non autem videtur aliquid gratis impendere, nisi excedat quantitatem accepti beneficii; quia quandiu recom-

pensat minus vel aequale, non videtur facere gratis, sed reddere quod accepit. Et ideo gratiae recompensatio semper tendit, ut pro suo posse aliquid maius retribuat ».

Quaenam porro quantitas sit (collatione inter beneficium et donationem facta), quae ad remunerationem ita spectat, ut in gratuitam transire non censeatur, prudentis iudicio relinquendum ex adiunctis etiam personarum ferendo: de qua re vide Diana tom. 6. tr. 7. resol. 20.

167. Donatio ergo remuneratoria, quae in gratuitam non transeat, revocari nequit ob ingratitudinem; nam nec leges hoc permittunt nec ratio, cum eius titulus semper subsistat. Et haec est sententia communis. Dicitur, quod in dubio, donatio censetur esse remuneratoria. Ratio est, quia longe frequentius est, homines non donare, nisi ob merita. Quod quidem maxime accipiendum est de extraneis.

Huc afferri solet, quod habetur ex Ulpiano in l. *Nec adiecit* Dig. tit. *Pro Socio*. « Nec adiecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa, sive non mortis causa. Fortassis haec ideo; quia *non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt* ». Vid Diana tom. 6. tr. 7. res. 18. n. 5.

XXIV. 2. Si quis prole carens magnam partem bonorum donaverit et postea nascatur proles; quia ex iuris dispositione inest donationi haec tacita conditio, nisi nascantur mihi liberi. Et quidem, si facta sit extraneo, revocari potest tota: si alicui ascendentium, ut patri vel avo, vel Ecclesiae aut causis piis, tantum revocari potest, quantum necessarium est, ut filii habeant legitimam. Quanquam recte notat Lessius, ad aedificationem expedire, ut quod Ecclesiae, vel monasterio datum est, Praelatus totum restituat. Porro etsi iuraverit se non revocaturum donationem, adhuc potest, liberis natis, revocare; quia hoc iuramentum non excludit tacitam conditionem dictam. Excipe, nisi espresse etiam hanc conditionem excluserit; tunc enim ipse revocare non posset: possent tamen eius liberi post mortem patris. Bon. Less. c. 18. d. 14. An autem haec revocatio locum habeat, si filii nascantur illegitimi, qui postea legitimentur, v. Dian. l. c. r. 63. et 64. Item, an in donatione remuneratoria, res. 65., ubi cum. Mol. et aliis sex negat, nisi excedat causam.

168. Resolutio principalis A. colligitur ex l. *Si unquam* C. *de Revoc. donat.* quae proprie loquitur de patrono vid. infr. n. 179.: quocirca Vinnius Inst. l. 2. tit. 7. §. 2. negat hoc ius in romana lege fieri patri: concedit tamen hanc sententiam esse communem.

Adverte cum Molina disp. 282. n. 5., quod donationes, quas pro conditione et facultatibus donantis postulat recta ratio atque administratio bonorum, non sunt inofficiosae, sed pertinent ad sumptus ordinarios ideoque et natis postea filiis, non revocantur. Ideirco dicit A. *magnam partem* h. e. *notabilem*.

169. Communis est sententia, ait Molina disp. 282. n. 10., quod donatio facta Ecclesiae aut piae causae a carente prole, non revocatur, si

deinde nascatur proles, in totum, sed solum usque ad legitimas filiorum: quia Ecclesia habetur loco filii et idcirco eatenus revocatur quatenus est proli inofficiosa, ut dicetur resol. seq.

170. Quod dicit A. de iuramento non revocandi donationem etiam in hypothesi filiorum natorum scil. iuramentum servandum, nescio an firmum sit. Profecto quod non fit licite, neque licite promittitur et quod non licite promittitur, nullam firmitatem habere a iuramento potest, quod ad servandum illicitum obligare non potest. Ergo cum donatio supponatur contra *officium paternae pietatis*, nullo modo apparet, quomodo aut promissione aut iuramento obligari ad eam possit. Neque enim solum potest pater revocare, sed tenetur. Quod autem addunt DD., posse revocare filios, ostendit, hoc ius esse filiis. Ergo pater auferre hoc ius non potest nec donare ea conditione potest: nisi dicamus, teneri ad mimicam hanc fictionem, ut non ipse, sed filii petant; quod certe non est iuramenti dignum obiectum. Insuper Pater negotia filiorum gerere tenetur, non minus quam tutor. Debet ergo ipse pro filiis pater revocare.

171. Quoad filios illegitimos, Diana merito dicendum censet, si filius vel per subsequens matrimonium vel rescripto principis legitimetur, revocari donationem posse. Ratio quia eo modo fit filius legitimus atque adeo gaudens privilegiis filiorum, qui e legitima uxore suscepti fuerint; nec minus patrem urget obligatio providendi filio, postquam factus est legitimus, ac si legitimus natus esset. Vid. Diana tom. 6. tr. 7. res. 54.

172. Ratio autem, cur non revocari possit donatio remuneratoria, quae titulo natae tandem prolis revocaretur, si fuisset liberalis, haec est; quia non profecta est ex mera liberalitate atque adeo etiamsi non caruisset prole, potuisset pater eam exsequi, imo, ut supponimus, non potuisset *honeste* ab ea abstinere, saltem si merita, quibus fit remuneratio, aequipollent et quidem ea aequipollentia, de qua diximus sup. n. 166. iuxta doctrinam s. Thomae. Si vero donatio excedat merita, revocari poterit, quoad totum illum excessum, si partem hic notabilem bonorum constituat. Cf. Lugo disp. 23. n. 196.

XXV. 3. Si donatio fuerit inofficiosa, contra officium paternae pietatis: ut si pater tantum donet, ut filii priventur sua portione legitima: tunc enim post mortem patris possunt filii revocare Navar. c. 26. Less. l. c., licet donatio fuerit iuramento confirmata. Megal. et alii 5. Dian. p. 8. t. 6. r. 66. Imo etiam vivente patre; licet enim ante mortem patris non debeatur legitima ut tradenda, debetur tamen ut conservanda. Hinc si pater bona dissipet, potest a filio per iudicem cogi, ut servet legitimam; ne is post mortem patris careat alimentis. Ita probabiliter Dian. l. c. ex aliis 6. contra Less. etc. An autem et quando donatio rescindenda in totum, vide Dian. l. c.

173. Inofficiosa dicitur donatio, quae laedit officium pietatis, quo obstringimur erga eos, qui dicuntur *heredes necessarii*, videlicet filii aut, in defectu horum, filii filiorum, respectu patris et parentes respectu filii.

Voet lib. 39. tit. 5. n. 37. addit fratres germanos. Supponitur autem facta post natos filios. Voet l. c. n. 36.

Praeterea donatio est inofficiosa vel sola re seu eventu, vel eventu simul et consilio. Postremum hoc dicitur, quando pater ex proposito in praeiudicium filiorum hasce facit donationes, adeo ut praeter filiorum laesionem accedat consilium damnum hoc apposite illis inferendi. Prius dicitur, quando laeduntur legitimae partes filiorum, abest tamen illud consilium seu animus.

174. Quod dicitur de iuramento, non intelligitur de revocatione facienda per filios, qui iuramento non ligantur, sed (ut videtur) de revocatione facienda per ipsum patrem. Ratio autem, cur iuramentum non liget, palam est; non enim iuramentum obligare potest ad id, quod cedit in damnum tertii. Diana tom. 6. tr. 7. res. 135. n. 9.

175. An filii de revocatione agere possint, patre adhuc vivente, Diana fatetur l. c. n. 7. plurimos id negare. Sed ipse Diana probabilius censet posse. Nam nemine diffitente possunt filii, si pater dissipet bona sive per donationes prodigas sive alia ratione, implorare officium iudicis, ut patrem cogat ad servandam filiis legitimam, ne careant post mortem eius congruis alimentis. Si possunt autem efficere, ne dissipetur, possunt etiam, ut recuperetur dissipatum, quantum fieri potest et est recuperabile.

Ratio oppositae sententiae est, filiis non deberi legitimam nisi post mortem patris. Respondet Diana l. c., id esse verum eo sensu, quod legitima tradi filio non debet ante mortem patris; sed tamen in casu donationum inofficiosarum potest agere, ut legitima sibi adservetur. Et sane nisi deesset officio pater dissipando ac servanda esset filiis legitima, nunquam locum esset donationi inofficiosae.

176. Quoad revocationem vel in totum vel dumtaxat usque ad legitimam partem, est in quo conveniunt omnes, est et in quo discrepent. Vid. Diana l. c. res. 135. n. 1-5.

Consentiunt omnes communiter, revocationem faciendam esse usque solum ad legitimam,

1º Si donatio inofficiosa collata sit in unum ex filiis, licet inofficiosa fuerit tum re tum consilio.

2º Si donatio inofficiosa collata sit in extraneum, filiis tamen aliquid servatum ac relictum fuerit.

3º Si collata sit in extraneum et nihil relictum sit filiis, non tamen inofficiosa fuerit etiam consilio.

4º Si donatio inofficiosa fuerit collata in Ecclesiam.

177. Quaestio igitur est, an revocari in totum debeat aut possit, quando collata est in extraneum ita ut filiis nihil relictum sit et simul

inofficiosa fuerit tum re tum consilio. Diana tom. 6. tr. 7. res. 135. n. 4. allatis variis variorum sententiis, habet ut *probabilius*, rescindi in totum. Lugo disp. 23. n. 202. relatis itidem sententiis, tantum subdit « revera non afferri ullum firmum fundamentum ad probandum, quod debeat *in totum* revocari ». Molina denique disp. 283. n. 12. concludit: « Elige, quod malueris (ex variis placitis). Sane in tanta opinionum varietate ac incertitudine, melior videtur iudicanda conditio donatarii possidentis, ut non cogatur restituere, nisi quousque integras filiis legitimas relinquat: id quod nulla exspectata sententia facere tenetur. Et cum reliquum solum in poenam ob pravum donantis ac donatarii consilium restituere teneatur: sane esto amplectenda esset eorum sententia, qui asseverant, donationem re et consilio inofficiosam, revocandam in totum esse, id locum non haberet, nisi post latam sententiam ».

XXVI. 4. Per supervenientiam liberorum, ut probabilius affirmat Dian. p. 8. tr. 6. r. 78. ex aliis 4. contra quosdam. Si tamen pater non revocaverit, non potest a filiis postea natis revocari, nisi pro ratione Falcidiae, sive ex testamento, sive ab intestato successerint. ibid.

178. Si pater unicum e. g. habens filium, copiose ei donet et postea alios suscipiat liberos, revocanda est donatio, quatenus laedit eorum legitimam. Id est per se satis aequum nec praesumendus est aliter pater donasse, quam sub conditione: nisi alii filii nascantur. Constat id pariter ex l. *Si totas C. de Inoffic. donat.*

179. Auctor heic casum memorat, quo iuxta Dianam, probabilius donatio in totum revocatur.

Quaestio tamen, quam ibi versat Diana, paulo diversa est a praesenti nec sermo est de donatione inofficiosa; nam agit de donatione mortis causa l. c. vel tom. 6. tr. 7. res. 56. et quaerit: « An donatio mortis causa revocetur per supervenientiam liberorum iuxta legem *Si unquam. C. De revocandis donationibus.*

Quae quidem lex est eiusmodi: « Si unquam libertis patronus, filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus et postea susceperit liberos, *totum* quidquid largitus fuerit, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum ». Cum ergo haec lex generaliter loquatur, generaliter intelligendam concludit Diana atque adeo revocationem habere locum in donatione mortis causa non secus ac inter vivos; licet, ut ibidem subdit, si revocata a patre non fuerit, a filiis revocari non possit nisi pro ratione falcidiae. Ergo A. hunc casum addere de donatione mortis causa dicendus est voluisse, licet id clare non exprimat.

180. Iam innuimus n. 173. donationem inofficiosam esse posse quoque respectu parentum seu ascendentium. Cum ergo ea impedit, ne eis re-

linquatur legitima, quam descendentes debeant, eadem usque ad legitimam in illorum favorem revocari poterit. Constat ex l. *Si filius* C. *de Inofficiosis donationibus.*

181. Quando autem donatio facta sit parentibus et postea suscipiantur filii, aequum est, ut, iuxta dicta n. 168., revocetur in totum; quia, quamvis filii parentes diligant, magis tamen homo diligit filios quam parentes et praesumendum est voluisse qui donavit, magis ditare filios quam parentes seu donasse sub conditione, nisi filios suscipiam. Cf. Lugo disp. 23. n. 203. (a).

Dub. IV.

De donatione mortis causa.

XXVII. Resp. 1. Donatio mortis causa, qua quis sic donat, ut velit rem esse alterius primum post suam mortem, ut si dicas, do tibi hoc post mortem meam vel cum moriar vel quia timeo me nunc moriturum, revocari potest etiam tribus casibus his.

1. Si donatorem poeniteat, sive expresse sive implicite, ut si rem illam donet alteri. Less. l. c.

2. Si dedit intuitu alicuius instantis periculi, ex quo metuit mortem, hoc ipso quo periculum evasit, censetur tacite revocata donatio: ut si quis det in gravi morbo, vel instante praelio. Bon. disp. 3. q. 13. p. ult. n. 20.

3. Si donatarius moriatur ante donatorem, ipso iure revocata est: ut etiam accidit

---

(a) In iure gallico donationes inter vivos nequeunt revocari nisi ob has causas. 1° Si impletae non sint conditiones, sub quibus factae sunt: 2° propter ingratitudinem: 3° propter liberos supervenientes. Porro ob ingratitudinem donatarii, in his tantum casibus revocari potest donatio: si donatarius mortem donatoris molitus est: si saevitias, delicta aut graves iniurias contra eum exercuit: si ei negat alimenta. Donatio autem facta in favorem coniugii non est revocabilis ob ingratitudinem. Revocatio ob causam ingratitudinis non obtinet ipso iure, sed petenda est in iudicio. Artt. 953-956. 959.

Quod spectat ad casum supervenientium liberorum, id statuitur. Quaelibet donatio inter vivos, facta ab eo, qui nullum filium aut descendentem actu viventem habebat tempore donationis, quicumque sit valor donationis et quocumque titulo facta sit etsi mutua fuerit et remuneratoria, ea quoque quae facta fuerit in favorem coniugii a quolibet, praeterquam ab ascendentibus coniunctorum, erit pleno iure revocata propter nativitatem filii legitimi donatoris, etsi conceptus fuerit tempore donationis: etiam filii postumi, aut propter legitimationem filii naturalis per subsequens matrimonium, si filius natus est post donationem. Artt. 960. 961.

Quaelibet porro conventio, qua donator renuntiet revocationi ob liberos supervenientes, habenda est ut nulla nec potest ullum effectum producere. Art. 965.

Fere idem habet C. I. artt. 1078-1083., qui quaedam temperat: statuens, non obstante ingratitudine aut filiorum superventu, irrevocabiles esse donationes pure remuneratorias et eas, quae factae sint ratione cuiusdam determinati coniugii; manente tamen filiis donatoris iure exigendi reductionem donationis, quatenus donatio excedat quantitatem, de qua donator poterat disponere. Art. 1087.

Neque revocatio ob filios supervenientes fit ipso iure; nam donator nequit proponere actionem revocationis post mortem filiorum aut horum descendentium. Art. 1090. E.

in testamentis et legatis. Secus est in promissione et donatione inter vivos, quae transit ad heredes. Quod si donator promiserit se non revocaturum, transit in donationem inter vivos. Vide Less. c. 18. d. 14. n. 116. Mol. d. 286. et d. 288. Azor. l. 11. c. 11. q. 4. Bonac. l. c.

182. Donatio *mortis causa*, ait Iustin. Inst. l. 2. *de Donat.* §. 1., est, « quae propter mortis fit suspicionem, quum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit: sin autem supervixisset, is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset aut prior decesserit is, cui donatum sit ». Sive ut ibidem ait ex l. 1. Dig. *de Mortis causa donation.* « In summa mortis causa donatio est, cum quis habere se vult (sc. mavult, vult magis), quam eum, cui donat magisque eum, cui donat, quam heredem suum ».

Haec donatio imperfecta est et per se arbitrio donantis revocabilis est, cui licet eiusdem semper poenitere: potest utique ita fieri, ut nullo casu velit donans revocare, sed tunc naturam mutare dicenda est et transire in donationem inter vivos l. *Ubi ita* Dig. *de Mortis causa donation.* Hinc Iustinianus in Instit. l. c. ait: « Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia » (a).

Idcirco et de his melius, ubi de ultimis voluntatibus, ageretur et posset lector haec nunc transsilire, lecturus ea, cum ad c. III. ventum erit.

183. Triplicem autem speciem huius donationis sic Ulpianus tradit ex Iuliano in l. *Iulianus* Dig. eod. tit.: « Iulianus lib. 17. Digestorum tres esse species mortis causa donationum ait: Unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat: Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis: Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim fiat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta ».

184. Licet autem in secunda specie dicatur res statim fieri accipientis, tamen non perfecte ipsius fit, antequam mors sequatur donatoris, sed veluti conditionate pro eventuum ratione. Ita in l. *Si mortis causa* Dig. eod. tit.: « Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum, an in rem habeat actionem? Et si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est; sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo, tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut iam nunc haberet, redderet si convaluisset, vel de prelio vel peregre rediisset; potest defendi, in rem (actionem) competere donatori, si quid horum

---

(a) Hae donationes, prout a testamento aut legato distinguuntur, ius gallicum et italicum non agnoscit. Ius austriacum admittit, dummodo donator expresse renuntiet facultati revocandi (cf. Delama *de Iustitia et Iure* n. 184.), quae ex iure romano evadit donatio inter vivos. E.

contigisset: interim autem ei, cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori ».

Quo spectat et l. 32. Dig. eod. tit.: « Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur ».

185. Ut censeatur donatio causa mortis, necesse videtur, ut aliqua tum mortalitatis tum redhibitionis mentio fiat (redhibitio dicitur *actio ad recuperandum*). Nam neque solum mortis periculum facit hanc donationem, sicuti nec absentia periculi facit, ut donatio sit inter vivos; cum et mortis causa donatio sit, si quis nullo praesenti periculo conterritus sola cogitatione (expressa exterius) mortalitatis donet, ut patet ex l. sup. allegata *Iulianus* (sup. n. 183.) et contra sit donatio inter vivos, si quis moriens atque adeo mortis praesentis metu conterritus *sine ulla redhibendi* conditione donet: quem quidem, ut inquit Papinianus l. 42. §. 1. Dig. h. t. « *non tam mortis causa, quam morientem donare* » dixeris.

Monet autem s. Alph. ad h. l. n. 741. ex plurium doctrina, in dubio, habendam esse donationem inter vivos: in quod et Iurisconsulti consentiunt. Vid. Voet lib. 39. tit. 6. n. 2. Signa, unde dignoscatur, utra sit donatio, refert et Diana tom. 6. tr. 7. res. 87.

186. Quod A. ait de promissione irrevocabilitatis, quae facit, ut censeatur donatio inter vivos, habetur l. *Ubi ita* sup. cit. quae ita inquit: « Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio. Et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio; ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione ».

XXVIII. Resp. 2. Haec donatio fieri debet in praesentem. Dian. l. c. r. 66. et alii 5. nec valet in absentem sine nuntio ad hoc destinato vel epistola: licet valeat, ut fideicommissum, si fuerint adhibiti testes. Dian. etc. l. c. Valet autem probabiliter, etsi donatarius praesens tacuerit.

187. Quod haec donatio facienda sit praesenti a praesente sic constat ex l. *Inter* 38. Dig. h. t., ubi discrimen ponitur inter id, quod causa mortis *donatur* et id quod *capitur* causa mortis: « Inter mortis causa donationem et omnia quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia. Nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat: Mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis. Etenim cum testamento quis suo Pamphilum servum suum liberum esse iussit, si mihi decem dederit, nihil mihi donasse videbitur: et tamen si accepero a servo decem, mortis causa accepisse me convenit ».

De *fideicommisso* huiusmodi in l. *Miles ad Sorores* 75. Dig. *de Legatis* 2. dicitur: « Placet enim consistere fideicommissum, ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario (scil. heredem rogans) remuneratur ». Quod

dictum est de donatione facta absenti, qui nempe censeri debet veluti praesens.

188. Fideicommissum porro heic intelligitur non universale et hereditarium, sed particulare seu de re aliqua singulari; de quo in Instit. Iustin. lib. 2. tit. 23. §. 1.: « Quibus non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant ».

Quanquam necesse non erat, ut fidei committeretur eorum, qui heredes sunt ex testamento, sed etiam id agi cum heredibus ex intestato licebat, ut habetur l. c. §. 10.: « Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo iure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve eius, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat » (cf. dicenda c. III. dub. 11). Ubi apparet una ex praecipuis differentiis inter legatum ac fideicommissum, quae conveniunt in ratione cuiusdam donationis. Licet enim Iustinianus legata ac fideicommissa exaequare voluerit, ut patet ex §. 3. tit. 20. lib. 2., in nonnullis tamen differunt et in his non ultimum est, quod heic dictum est.

189. De hisce fideicommissis cf. Vinnius ad §. 3. tit. 20. lib. 2., itemque ad §. 10. tit. 23. Tum Voet lib. 30. etc. tit. unic. n. 1. et 2. Adde quae idem Voet habet de donatione mortis causa lib. 39. tit. 6. n. 2. item Vinnius ad lib. 2. Instit. tit. 7. §. 1. de donatione mortis causa.

XXIX. Resp. 3. Donare mortis causa possunt omnes et soli, qui possunt testari, excepto filiofamilias, qui, licet testamentum condere nullo modo possit, cum hoc sit iuris publici, donare tamen mortis causa, cum id sit iuris privati, potest, si adsit patris consensus expressus: imo sine hoc donare eum posse, non tantum de castrensibus, sed etiam de adventitiis, probabile censet Dian. l. c. r. 68. et 69. Hinc donare sic possunt minores 25. annis etiam sine consensu sui curatoris. Dian. l. c. r. 71. ex Mol. et aliis.

Non autem usurarius, nisi prius usuris satisfecerit vel cautionem praestiterit: potest tamen ad causas pias ibid. r. 73. ex Fagund. et aliis 6. Nec surdus et mutus a natura, secus, si a casu superveniente (vel si surdus sit, aut mutus tantum): licet donare inter vivos possit, secundum quosdam. Azor. Dian. p. 5. t. 6. R. 12.

190. Quoad bona adventitia filius donare poterit, si ex Patris concessione habeat de iis usumfructum et administrationem. Quod A. satis exprimit, cum dicit fieri id posse ex *patris consensu.*

Usurarius, ut donare mortis causa valeat, cautionem praestare debet de usuris restituendis sive ipsis mutuatariis sive aliis, qui pro illis possint acquirere, sive iis absentibus, parocho. Vid. Lugo disp. 24. n. 70. Qua data cautione non solum permittitur ipsi donatio mortis causa, sed etiam testamentum. De usurario quoad donationes mortis causa videsis Diana tom. 6. tr. 7. res. 83.

Quoad surdos et mutos iam diximus, ubi et donatione inter vivos. Vid. Diana tom. 6. tr. 7. res. 25.

191. Magna etiam controversia mota fuit, an sine sollemnitatibus possit mortis causa donare caecus; quia sollemnitas introducta est et exigitur, ne ob defectum visus caecus decipiatur. Diana duplici loco de ea re disputat tom. 6. tr. 7. res. 85. et 86. Et altero quidem loco non recedendum dicit ab affirmativa sententia, dummodo sit praesens donatarius vel alius qui pro eo stipuletur; secus resolvitur in fideicommissum. Ita res. 85. n. 2. Altero loco vero res. 86. n. 3. dicit, negativae sententiae se adhaerere uti probabiliori. Adhuc ergo affirmativam probabilem censet. Sic quamlibet quis sententiam amplectatur, suffragium Dianae pro se habebit et contra se.

Dub. V.

De Commodato, Precario et Deposito.

XXX. Resp. Commodatum est contractus, quo res aliqua mobilis vel immobilis quoad solum usum gratuito conceditur idque ad aliquod certum tempus explicite vel implicite determinatum: explicite, ut si dicas, commodo tibi hunc librum, vel domum ad unum mensem: implicite, ut si dicas, commodo tibi librum, ut eum describas, quia tunc implicite tantum temporis determinatur, quantum necessarium est ad commode describendum.

Precarium est, quo conceditur petenti res utenda, non ad certum tempus (in quo differt a commodato) sed donec concedens repetat, sive expresse sive tacite, ut si det alteri aut vendat. Laym. l. 3. t. 4. c. 14.

Depositum est, quo aliquid traditur custodiendum, ut integrum reddatur. Et communiter est res mobilis, vel se movens, ut vestis, equus, etc.

Unde circa haec resolvuntur.

XXXI. 1. Commodator non potest repetere absque iniustitia ante definitum tempus. Laym. l. 3. t. 4. c. 14.

2. Quod si tamen commodanti damnum impendeat, potest repetere, licet simile damnum impenderet commodatario ex rei ante tempus repetitione, ut habet Less. c. 27. d. 5., quia: ut ait Navar., in commodatione intelligitur tacita haec conditio, nisi interea contigerit rem esse necessariam commodanti. Laym. l. c.

XXXII. 3. Si depositarius bona fide existimet depositori non displiciturum, si re deposita utatur, licebit uti, alias non. Less. l. c. d. 2.

4. Si depositum sit res usu consumptibilis, ut triticum, vinum, pecunia, quae exponendo absumitur, eaque tradita sit certo numero, pondere et mensura, non videtur depositarius peccare saltem graviter iis utens, si certus sit, se tantundem eiusdem bonitatis habiturum, quando repetetur. Less. l. c. Secus, si pecunia tradita fuerit sacculo vel arca inclusa, vel munita sigillo. Sylv. Azor. Less. Bon. v. Trull. c. 25. d. 1. Verum si is, cui res commodata, locata, deposita et pignorata est, negligenter custodiat, ita ut pereat, negligentia autem non sit theologica culpa mortalis, probabile est, quod dixit

ex Soto, Sà, non teneri ad restitutionem in conscientia. Alii tamen aliter sentiunt, nimirum teneri restituere, qui iuridicam culpam in custodiendo contraxerit, si ea fuerit lata et subinde si levis tantum, imo et aliquando si levissima, nimirum quando depositio facta est in commodum utriusque et si pretium pro custodia accipiat. V. apud Less. c. 7. d. 8. Laym. tr. 4. c. 25. ubi docet depositarium tantum teneri de dolo, vel culpa crassa, quae dolo aequiparetur.

XXXIII. Dicitur autem iuridica culpa lata, seu crassa, cum quis facit, aut omittit, quod ut plurimum non facerent, vel omitterent in ea re homines suae professionis: ut v. gr. si quis rem apud se depositam relinquit in loco publico, etsi inadvertenter. Levis autem dicitur, cum quis facit, vel omittit, quod non facerent, vel omitterent homines suae professionis diligentes: ut si quis depositum relinquit in suo cubiculo, sed negligit ostium claudere. Levissima dicitur, cum facit, vel omittit, quod non facerent homines diligentissimi: ut si quis ostium quidem obseravit, sed neglexerit tentare manu, an esset bene clausum.

XXXIV. 5. Sartores, molitores et ceteri artifices, quibus res traditur polienda, vel immutanda, item nautae, caupones, apud quos res deponuntur, tenentur ex levi culpa; quia depositio fit etiam in commodum ipsorum: imo Syl. v. *Nauta*, vult eos teneri ex levissima ex l. 1. ff. *Depositi*, idque cautum esse ad vitandas eorum fraudes. Quod etiam Less. et Trull. c. 25. a. 1. putant esse probabile in utroque foro, si quis eis rem expresse tradiderit custodiendam: si autem ipsis tantum videntibus deposuerit, v. gr. in diversorio, navi etc. ne ex lata quidem teneri. V. Bon. Trull. Dian. p. 1. l. 8. r. 74.

XXXV. 6. Si depositarius (idem est de commodatario) dubitet, an depositum sua culpa perierit, non tenetur in conscientia ad restitutionem. Sanch. *de Matr.* l. 2. d. 41. n. 18.; quia in dubio non praesumitur delictum, ex l. *Merito*, ff. *Pro socio*. V. Dian. p. 2. t. 9. r. 49. In foro tamen externo, si res depositarii manserint incolumes, praesumitur de dolo, nisi depositarius probet, depositum casu periisse et non potuisse simul cum rebus suis (imminente v. gr. incendio) servari; tunc enim non teneretur, quia praesumptio doli cessaret. V. Palaum, t. 1 *de Cons.* d. 3. p. 4. Trull. c. 25. d. 1.

XXXVI. 7. Si domino repetenti depositum remiserit per hominem, qui fidelis habebatur isque sibi retinuerit vel perdiderit, domino periisse dicit Molin. citatus ab Escob. V. Trull. l. c.

XXXVII. 8. Deponens rem usu non consumptibilem, potest a depositario pro eius usu aliquid accipere; quia is est pretio aestimabilis (licet eo casu non depositi, sed locati et conducti contractus sit dicendus). Secus, si sit usu consumptibilis: tunc enim depositum, eo ipso, quod depositarius incipit eo uti, induit naturam mutui, ex quo (seclusa ratione lucri cessantis etc.) nihil licet accipere, ut v. dub. seq. et Bon. d. 3. q. 13. p. 3. Trul. l. c.

192. Lib. 3. tit. 15. §. 2. Institutionum haec de Commodato: « Item is, cui res aliqua utenda datur idest commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat et ob id de ea re restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, velut incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus remanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus

est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris; dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum ».

193. Commodatum, ut Laymann lib. 3. tract. 4. cap. 14. n. 1. cum aliis deducit ex Institution., est *rei alicuius ad solum usum gratuita concessio;* cui definitioni, ut recta sit, neve cum *precario* confundatur, addendum est, ut ait Lugo disp. 33. n. 8., *concessio non ad nutum revocabilis.* Hoc ergo discrimen unicum inter commodatum et precarium, quod in priori non potest res repeti nisi elapso tempore constituto; aliter in precario, cuius est proprium ut pro arbitrio dantis possit repeti.

Commodata res potest esse tum mobilis cum immobilis: immobilis, domus, stabulum, cella vinaria, horreum, area ad triturandum, locus ad cannabem macerandam etc.: mobilis, liber, vestis etc.

Res vero, quae usu consumuntur, commodari possunt solum ad pompam. Ita l. *Sed mihi* §. 6. Dig. *Commodati.* « Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat ».

Dicitur *gratuita concessio* et hoc pacto distinguitur a locato Vid. text. Inst. sup. n. 192.

Dicitur ad *solum usum* et per hoc differt a *pignore* vel deposito, quorum usus non conceditur; nam si creditor pignore vel depositarius re deposita utatur domino invito, furtum committit, ut habetur §. 6. tit. 1. lib. 4. Instit., ubi dicitur: « Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. *Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res est deposita, ea re utatur, sive is,* qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, *furtum committit:* veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad coenam invitaturus et id peregre secum tulerit: aut si quis equum, gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit: quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset ».

Differre autem commodatum a mutuo in hoc dicitur, quod rei datae mutuo transferatur in alium dominium: secus vero in commodato iuxta l. *Rei commodatae* Dig. *Commodati.* « Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. Et l. *Nemo* eod. tit. Nemo enim commodando rem facit eius, cui commodat ».

194. Ratio prioris resol. petitur ex l. *In Commodato* §. 3. Dig. h. t. « Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere, eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (idest postquam commodavit), tunc finem praescribere et retro agere atque intempestivo usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem: et ideo invicem propositae sunt actiones ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret; suscepisset enim fortassis alius, si is non cepisset; *voluntatis enim est suscipere mandatum, necessitatis consummare*. Itaque si pugillares (tabella cerea vel lignea, vel eburnea ad scribendum) mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; nam, si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. Itemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris; *adiuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet* ».

Ita et in iure Canon. statuitur c. unic. *Cum gratia, de Commodato*. « Item contra eum quoque recte commodati non agitur (actione scilicet commodati), nisi post usum expletum, cuius gratia res fuerat commodata; cum non decipi beneficio nos oporteat, sed iuvari ». Quo spectat et reg. 33. Iuris in 6°: Mutare consilium quis non potest in alterius detrimentum ».

Excipe nisi aequale damnum commodanti impendeat: quae conditio semper subintelligitur.

195. Croix ad h. l. lib. 3. p. 2. n. 820. dicit: « Qui habet ius utendi re commodata, potest per se loquendo etiam alteri commodare, nisi aliter conventum sit vel sciretur de contraria mente commodantis; potest enim alteri cedere ius suum ».

Ego puto plane esse id falsum: sed praesumi debet, contrariam esse commodantis voluntatem, nec dari alteri potest, nisi aut expresse de eo conveniatur aut notitia habeatur de commodantis mente non contraria.

Si valet ratio, quod possit alteri cedere ius suum, posset etiam hoc ius locare. Atqui quaestus ex commodato reprobatur in l. *Is, qui* Dig. h. t.: « Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, idipsum praestabit, qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, prius quam periculo eius sit ». Lucrum scilicet et quaestum ex re commodata commodatarius facere non potest; nisi cum periculum commodati ad eum spectat.

Huc spectant quae superius n. 192. attulimus ex Instit., quae expresse

etiam ad *commodatum* transferuntur et habetur veluti *furtum*. Quo in loco subiicitur §. 7. l. c.: « Placuit tamen, eos qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita *furtum committere*, si se intelligant id invito domino facere eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri; optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur ».

Dicit heic Laymann lib. 3. tr. 4. cap. 14. n. 1.: « Adde ex l. *Ait praetor* §. 1. eod. tit., Dig., eum, cui rei alienae usus vel habitatio competit, posse etiam alteri commodare ». Ulpianus scilicet refert sententiam Viviani aientis, « etiam habitationem commodari posse ». At ea huc revocanda, quae in 1. part. sub n. XXVIII. diximus *de usu et habitatione*.

196. Aliam obligationem habet commodator, aperiendi scilicet rei vitia; secus tenebitur de damno, quod forte inde obveniat.

Id patet ex l. allata n. 194. in fine. Id rursus constat ex l. *In rebus* §. 3. Dig. eod. tit., « Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est ».

197. Quaeritur, ad quem pertineant expensae factae circa rem commodatam.

Breviter Lugo disp. 33. n. 14. Si ordinariae sunt, ut cibus equi, victus et hospitium mancipii, spectant ad commodatarium. Si sint extraordinariae et graves, spectant ad commodantem, ut si servus commodatus aegrotavit, si fugit et oportuit magno sumptu quaerere et reducere; si vero leves sint, spectant ad commodatarium sicut et aliae communes et ordinariae.

Haec omnia ex leg. *In rebus* §. 2. Dig. h. t.: « Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae, naturali scilicet ratione, ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut, sicuti cibariorum, ad eundem pertineant ».

198. Quaeritur ad quid teneatur commodatarius, si res forte pereat, aut etiam deterior facta fuerit, adeo ut ex iure censeatur non eadem reddi; sic enim l. 3. 9. 1. §. h. t.: « Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita (quae deterior facta redditur), nisi quod interest, praestetur: proprie enim dicitur *res non reddita*, quae deterior redditur ».

Porro ut varios casus distincte proponamus, dicimus.

199. 1° Commodatarius regulariter non tenetur de casu fortuito.

Ita ius Canonicum cap. unic *de Commodato*: « Cum gratia sui tantum quis commodatum accepit, de levissima etiam culpa tenetur: licet casus fortuitus (nisi *acciderit culpa sua vel intervenerit pactum, seu in mora fuisset*) sibi non debeat imputari ».

Idipsum patet ex iure Civili; qua de re videsis allata ex Institutionibus, sup. n. 192.

Et l. *Si ut certo* §. 4. Dig. h. t.: « Quod vero senectute contingit, vel morbo vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: *nisi aliqua culpa interveniat*. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur: *nisi forte cum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit* ». Alias iuris allegationes vid. apud Molina disp. 295. n. 3.

200. Item 2° commodatarius non tenetur de damno, quando hoc non quidem fortuito, sed veluti necessario sequatur ex usu rei, qui concessus fuerit et quod perinde commodator praevidisse et in id consensisse censetur.

Id clare patet ex l. *Si commodavero* Dig. h. tit. « Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla tua culpa interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati; nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit ».

Huc facit l. *Eum qui* Dig. h. tit.: « Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est, in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est ».

201. Item 3. si damnum factum alterius iniuria sit, non tenetur commodatarius. Ita l. *Ad eos*. Dig. h. t.: « Ad eos, qui... aliquid... utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est. Qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det? »

202. Item 4. non tenetur damni commodatarius, si res pereat culpa illius, cui tradendam iusserat commodator. Ita l. *Si mei* §. 1. Dig. h. t.: « Commodatam rem missus qui repeteret, cum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari iusserat, domino perit: si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei, qui commodatus est (cui nempe res commodata est) ».

Vel si commodatarius mediis idoneis ad restituendum usus est. Ita l. *Argentum* Dig. h. t.: « Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum, detrimentum erit, si id mali homines intercepissent ». Idem in restitutione

depositi valere ait Molina disp. 296. n. 11.; eadem enim est ratio, absentia scilicet cuiusque culpae, ex quo, pro contractus qualitate, debitor teneatur. Ita A. res. 7.

203. Contra vero tenebitur commodatarius etiam de casu fortuito.

1° Si id in pactum deductum fuerit, cum scilicet commodatarius etiam casum fortuitum rei commodatae in se suscepit. « Hoc pactum is, qui commodat semper potest exigere, quando gratis commodat » nempe « pactum de re restituenda, quomodocumque pereat ». Lessius lib. 2. cap. 7. n. 37.

Id patet ex iuris canonici textu sup. n. 199., allegato. Tum etiam ex Iure Civili l. *Ea quidem* C. *de Commodato:* « Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum, quibus res commodantur, imputari non solent. Sed cum is, qui a te commmodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, Praeses provinciae, si probaveris eum indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet ».

204. Tenetur de casu fortuito 2°, si aliqua eiusdem culpa intervenerit.

Duplex autem culpa intervenire potest, videlicet mora in reddendo et alius, quam qui concessus sit, rei usus.

Et quoad moram in re reddenda, satis liquet quid iuris sit vel ex cap. unic. *de Commodato*, sup. n. 199. Adde 25. Reg. Iuris in 6° « Mora sua cuilibet est nociva ».

Quoad usum vero alium, quam de quo convenerit, luculenta sunt quae habes l. *Si ut certo* §. 7. Dig. h. t. « Sed interdum et mortis damnum ad eum, qui commodatum rogavit, pertinet; nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et si servum tibi tectorem (tectores dicebantur qui calce seu gypso muros illiniunt seu operiunt aut incrustant ac dealbant) commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait: sed ego hoc ita verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina..., dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere... §. 8. Quinimo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur... Qui equo vel vestimento aliter, quam commodatum est, utitur, furti tenetur ». Vid. et allata ex Instit. sup. n. 192.

205. Denique rei commodatae casum praestare debet commodatarius, si ea, qua par est, diligentia rem non custodiverit ac pericula eiusdem caverit. L. cit. §. 5.: « Custodiam plane commodatae rei *etiam diligentem debet praestare* ».

Exemplum defectus diligentiae habes in l. cit. de servo tectore commodato: « si tu eum imposuisti machinae, aut si machinae culpa factum minus diligenter ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere. Nam et Mela scripsit, si servus lapidario (scil. caedenti lapides) commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligavit ».

206. Hinc maiorem pro re commodata, quam pro suis, habere custodiam commodatarius debet. Ita in Instit. lib. 2. tit. 15. §. 2.: « At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire ».

Hinc damnatur, qui in periculo suas potius, quam commodatas res custodit l. cit. §. 4.: « Si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte cum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit ».

207. Alias vero ipsa Iura custodiam exigunt diligentissimam seu diligentiam exactissimam. Ita l. *In rebus* Dig. h. t.: « In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet ». Et l. *Obligationes* §. 4. Dig. *de Obligationibus et Actionibus:* « Is vero, qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem, quam accepit, amiserit, securus est: alias tamen *exactissimam* diligentiam custodiendae rei praestare compellitur; nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterat ». Nota tamen conditionem, quam bis audimus: *si alius fuisset rem diligentius custoditurus.*

208. Et ex his quidem videretur dicendum, commodatarium teneri de culpa *levissima* et ita dicitur in iur. can. cap. unic. *de Commodato:* « Cum gratia sui tantum quis commodatum accepit, de levissima etiam culpa tenetur ».

At distinguatur oportet, in cuius gratiam res fuerit commodata. Nam et l. *In rebus* cit. ubi diligentiam praecipit, quam diligentissimus quisque adhibet, protinus subdit: « Haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res ». De culpa igitur levissima tunc solum tenetur, quando in solius commodatarii gratiam res commodatur. Generales regulae, quibusnam de culpis quis teneatur in contractibus vid. apud Laymann. lib. 3. tr. 4. part. 3. cap. 7. nn. 5-7. De quo tamen illud Ulpiani notum est l. *Si certo* cit. §. 4.: « Commodatum autem *plerumque* solam utilitatem continet eius, cui commodatur ».

Sed fieri potest, ut fiat in gratiam utriusque *veluti* (ut inquit Gaius l. *In rebus* cit.) *si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim* ». In hoc casu praestanda est culpa levis, sicut in rebus pignori datis et dotalibus.

Denique si aliquis sua dumtaxat causa commodaverit, dolus tantum et culpa lata (quae dolo aequiparatur) a commodatariis praestanda est. Ita l. *Si certo* cit. §. 10.: « Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; ut puta si quis ita convenit, vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit vel ipsi (praetori) quis ultro commodavit ».

209. Heic vero gravis controversia oritur, an praedictae regulae valeant solum in foro externo, adeo ut resarcire damnum quis non teneatur nisi post iudicis sententiam aut saltem antequam exigatur, an vero obligent in foro conscientiae.

Refert Lugo sententiam aliquorum, qui cum Soto *de Iust. et Iur.* lib. 4. q. 7. art. 2.: docuerunt, neminem teneri in foro conscientiae, nisi intercedat gravis culpa theologica. Quanquam Sotus ibid. putet, culpam gravem theologice tunc etiam subesse, quando iuridice non habetur nisi culpa levis.

Communior vero sententia est, quam habet Molina disp. 295. in fin., « obligationem hanc *ex natura ipsius contractus*, posita civilis iuris ac canonici dispositione, non solum in exteriori sed etiam in conscientiae foro consurgere ». Communiorem fatetur Lugo disp. 8. n. 99. et Lessius lib. 2. cap. 7. n. 45. fatetur eamdem doctrinam « *esse communiorem ac proinde ordinarie in praxi servandam* »: licet de Soti sententia praemiserat ibid. n. 43., « *Quae sententia meo iudicio non est improbabilis* »; praesertim, quod Sotus l. c. demum concluserat: « Haec omnia existimanda sunt secundum iudiciale forum, cuius sententiae in conscientia standum est ».

210. Lugo tamen mediam inire viam videtur voluisse, tum etiam discrepantes sententias conciliare, seu potius ita explicare rem totam, ut conciliari posse videantur.

Eius sententia duobus hisce assertionibus fere continetur. 1° « Licet probabile sit, obligari in conscientia contrahentes in iis casibus, id tamen pro praxi duriusculum mihi semper visum est et probabile satis existimo, loquendo de culpa *levissima in sensu formali*, vel eam obligationem non fuisse a legibus intentam, vel certe leges non esse in eo sensu usu receptas ». Ita disp. 8. n. 106.

2° « Negari non potest, quod iuxta *naturae lumen et communem hominum sensum*, magis videntur homines obligari ad culpam caven-

dam in aliquibus contractibus, quam in aliis: nam qui rem commodatam accepit in solam suam commoditatem, magis se obligatum iudicat ad illam custodiendam, quam qui ob deponentis solum utilitatem eam apud se depositam habet. Ergo non potest dici, quod in foro conscientiae omnes teneantur solum pro culpa lata et gravi theologica: alioquin non magis in uno quam in alio casu tenerentur. Ergo illa distinctio contractuum vel in unius vel in utriusque gratiam, etiam secluso iure positivo et humano, parit diversos gradus obligationum et per consequens in aliquo casu et pro aliqua culpa tenebitur aliquis ex uno contractu in foro etiam conscientiae, pro qua in alio casu non tenebatur atque ideo non solum tenebitur pro culpa mortali, sed etiam pro levi; nam pro mortali et gravi omnes in omni casu tenetur ». Ibid. n. 111.

Quo in loco cum tantum non oppositum prioribus docere videatur, addemus explicationem, e qua haud levem explanationem res accipiet.

211. Distinguit ipse culpam levem in *levem formaliter* et *levem materialiter* n. 110. aliisque nominibus *levem materialiter* appellat etiam *levem absolute*, levem autem *formaliter* dicit levem *respective*.

Potest nempe, inquit n. 112., aliqua culpa in uno casu, imo plerumque et absolute esse et dici levis, quae tamen in ordine ad aliquem sit gravis. Ita ratione sui status gravis erit in viro Religioso vel in Episcopo ea culpa, quae levis est in seculari: sic in filio eadem culpa v. gr. torve et minaciter intuendi esse poterit levis respectu extranei, gravis vero respectu parentum.

Ita in casu nostro, culpa plane eadem si *materialiter* spectetur et *in se*, eadem omissio videlicet diligentiae in re custodienda, levis dici debet respectu unius contractus, gravis vero respectu alterius.

Quemadmodum autem in allatis exemplis eadem culpa diversam habet malitiae gravitatem; quia maior in altero casu habetur obligatio seu potius accedit violatio alterius legis: ita diversitatem gravitatis in eadem materialiter diligentiae omissione inducit maior obligatio seu strictior titulus, quo v. gr. obstringitur commodatarius prae depositario. Nam cum diversa qualitas contractus secum afferat maiorem vel minorem obligationem vigilandi ad custodiendam rem alienam, imo inaequalitas haec obligationis non modo ex diversa qualitate contractus, sed eiusdem quoque contractus diversis conditionibus, v. gr. an gratis mere res detur, an cum mercede, an in favorem accipientis vel dantis, num res custodienda pretiosa sit vel non; fieri potest, ut omissio alicuius diligentiae modo nulla sit culpa, modo sit culpa gravis.

Deduci ergo potest ad conscientiae forum divisio illa culpae iuridicae in latam, levem et levissimam, quatenus *levis* vel *levissima* dicantur *materialiter*; cum tamen ratione habita contractus ad vitandam culpam

illam, seu negligentiam materialiter levem aut levissimam obligatio sit gravis; omissio igitur diligentiae etiam exquisitae culpa evadet respective gravis; quia obligat graviter ad exactissimam illam diligentiam adhibendam.

212. Ita quidem Lugo disp. 8. nn. 111-116. inquit adversus eos, qui videbantur respuere obligationem in foro conscientiae quoad alias culpas praeter gravem theologicam.

In prima autem assertione durum sibi videri aiebat Lugo vid. sup. n. 210. culpam formaliter seu respective levissimam ad restitutionem obligare.

Rationes affert n. 106. 1° Quod nemo sibi scrupulum iniiciat restituendi, quando adhibuit diligentiam non modo communem sed qua utuntur diligentiores, licet aliquid omiserit, quod addidissent diligentissimi.

2° Quod nemo intendat se obligare etiam pro casu fortuito; cum tamen casui fortuito comparari merito debeat, si res perierit sine ulla tua culpa theologica, sed ob naturalem oblivionem et inadvertentiam. Reliquas rationes omitto, quia fere sunt ad hominem n. 107-110. Unde concludit: « Cum ergo illa obligatio (ex culpa levissima) inducta sit a iure positivo diversa propter maiorem fortasse necessitatem, quae tunc erat cohibendi mandatarios minus fideles, quam depositarios, non est cur dicamus, impositam esse obligationem etiam pro foro conscientiae » (a).

213. Veruntamen forte aliquid duritiae timuit vir egregius, ubi timor non est. *Contrahentes,* inquit, *nullo modo se intendunt obligare pro casu mere fortuito.* Atqui hoc adeo falsum est, ut imo id in pactum deduci soleat.

Ipse Lugo n. 121. reddens rationem, cur communiter maior diligentia exigatur et promitti videatur in contractibus quam in officiis, dicit hanc esse potuisse; quia in contractu cum res aliena soleat penes alium remanere, cuius curae et custodiae committitur, videtur ex parte recipientis *aliqua assecuratio* desiderari, qua *implicite promittat,* se maiorem aliquam diligentiam habiturum ».

(a) Ostendere vult Lugo non omnem obligationem, quam in his contractibus ius positivum imponit, esse ex ipso iure naturae atque in hanc rem illud advertit, quod in pluribus contractibus, etsi eadem sit per se ratio obligationis, non tamen eandem obligationem ius positivum imponit. Nam quemadmodum depositarius mercede accepta, rem in sui et deponentis utilitatem gerit, ita medicus, advocatus, famulus stipendium accipientes tum suam tum aliorum utilitatem quaerunt. Et nihilominus isti non tenentur de culpa levi, ut fert communis sententia, tenetur vero depositarius: discrimen non nisi a iure positivo oriri potuit; cur ergo non licebit dicere obligationem commodatarii, qua vel de culpa levissima tenetur, esse solum ex iure positivo non naturali? Quo posito non aegre quis dabit, commodatarium non teneri de culpa levissima ante sententiam iudicis. Ceterum B. doctrinam, quam ex Lugo heic proponit, probavit, in genere saltem, superius l. 2. *de Restitutione* nn. 119. 120.: sed, ut ibi ab initio dicitur, seposito pacto vel lege. Nunc vero B. de aequitate legis disputat. E.

Addebat ipse n. 111. « negari non posse, quod *iuxta naturae lumen et communem hominum sensum* magis homines videantur obligari ad culpam cavendam in aliquibus contractibus, quam in aliis.

Et sane si prospici debet commodatario, ne casus fortuitos debeat praestare, at prospiciendum est etiam commodanti, qui gratis rem suam dat in merum alterius commodum. Et haec quidem ex iure naturae.

Addit autem ipse n. 101.: « potuisse etiam legis auctoritate fieri, ut licet ex natura rei contractus hoc onus non deferrent adeo strictum, adderetur tamen *propter bonum publicum et pacem communem* et ut contrahentes vigilantiores essent in custodia rerum alienarum, quas apud se habent. Sicut enim propter easdem rationes leges *iuste induxerunt* obligationem solvendi damna etiam absque culpa theologica illata a mancipiis brutis, vel domesticis... ; *melius* etiam potuerunt hoc etiam onus commune imponere omnibus contrahentibus ad vitandas lites, impedienda delicta et ad maiorem vigilantiam circa res alienas ».

Quid ergo iniquum aut durum videbitur, quando eiusmodi leges *tanta aequitas* ne dicam necessitas postulabat? Adde quod ipse fatetur, id consonum omnino esse *lumini naturae* et communi hominum sensui. Quocirca verissime dixit Lessius reddens huius doctrinae rationem lib. 2. cap. 7. n. 45.: « Ratio est, quia istae leges sanciunt id, quod *naturali aequitati* est consentaneum circa rem alienam (quam mediante contractu apud nos habemus) praestare: qua sanctione posita, qui facit talem contractum accipiendo commodatum, conductum, depositum, pignus etc., implicite se obligat ad praestandam eam diligentiam, quam leges requirunt. Quare si hanc diligentiam non praestet (quamvis id naturali oblivione sine omni culpa factum sit), tenebitur ad restitutionem ».

214. Verum in hoc deceptus videtur Lugo *cum dixit duriusculum videri*, quod restitutionem consideraverit veluti poenam, quae imponatur propter delictum.

Atqui, ut ipse animadvertit disp. 8. n. 101., « potuerunt leges hoc tripliciter statuere. Primo per modum poenae legalis in foro externo, quoties talis aliqua culpa iuridica intercedit. Secundo per modum poenae conventionalis, quam contrahentes pacto mutuo censeantur sibi imponere et ad eam se obligare eo ipso quod talem contractum faciunt. Tertio non per modum poenae sed *per modum obligationis immediate ad illud damnum in iis casibus resarciendum, quasi per assecurationem quandam*, qua commodatarius v. gr. vel conductor accipit in fidem suam rem alienam et eam ita assecurat, ut si non in casibus fortuitis, in iis saltem, ubi ex culpa solum iuridica ipsorum pereat, velint eam domino salvam esse et suo ipsorum damno perire ».

At vero quid absurdi est, quod obligatio restituendi sit per modum

potius contractus, quam per modum utcumque poenae? Profecto habere poterit quidem aliquam poenae speciem, quatenus *merito* subire damnum censebitur, qui reus est negligentiae in custodiendo: at haec non excludunt rationem contractus, neque eiusmodi contractus censeri iniquus ullatenus potest. 1° Si enim esset iniquus, deduci in pactum non posset praestatio etiam casus fortuiti, cum tamen leges hoc pactum defendant. 2° Quid iniquum foret, si commodator dum in gratiam alterius re sua caret, hoc saltem postulet, ut indemnis ipse servetur, uti concedunt omnes, quando agitur de mutuo? Et haec iustissima postulatio nonne includeret etiam damnum alicuius casus fortuiti, cui res exponatur solum ob *commodatum?* Atqui ne hoc quidem exigitur; sed ex vi contractus censetur commodator spondere pro eventibus fortuitis ac periculis, quae usum rei concessum per se sequi possunt et in favorem ipsius sola sponsio diligentiae rependitur. Ergo appositio huius conditionis scil. quod commodatarius teneatur de formali culpa levi aut etiam levissima, adeo non facit contractum inaequalem in detrimentum commodatarii, ut inaequalitas potius sit ex parte commodantis, qui gratis omnino triplex praestat beneficium: 1° quod gratis usum rei concedat: 2° quod praestet gratis pericula usum concessum concomitantia: 3° quod praestet casus illos fortuitos, quibus eximeretur res, si non commodaretur.

Ergo nihil durum est, si in foro conscientiae obligare dicantur eiusmodi leges tum *civiles* tum *canonicae*.

215. Et fateor quidem, Diana oppositam sententiam scilicet sententiam Soti, quod solum in casu gravis culpae theologicae quis ad reparanda damna teneatur, dixisse probabilem. At 1° dum Lessium pro se adducit, plus aliquid Lessio tribuit: hic dixit *non improbabile* et haec locutio non sonat idem ac *probabile*.

Nec valet auctoritas Thomae Sanchez, quam Lugo n. 105. profert; quia Sanchez loquitur generatim de poenis conventionalibus: nos autem negamus, casum nostrum esse eiusmodi.

Filliuccium allegant Diana tom. 6. tr. 3. res. 141. n. 3. et Lugo disp. 8. n. 98. At Lugo a Diana deceptus est. Nam Filliuccius tract. 33. cap. 8. n. 134. statuit: « In contractibus, qui sunt in gratiam solius accipientis, tenetur accipiens de culpa lata, levi et levissima. Ac dein subdit n. 138.: « Quaero, an eiusmodi leges, quas adduximus, obligent in conscientia ante sententiam iudicis? Respondeo *affirmative* ex communiore apud Lessium. Ratio est, quia leges istae sanxerunt id, quod erat consentaneum *naturali aequitati* circa rem alienam, quam contingit esse apud nos: quo posito, qui talem rem accepit, *implicite se obligat ad adhibendam eam diligentiam, quae requiritur secundum leges illius contractus, ideoque obligabitur ex iustitia et in conscientia* etc. ».

Fatetur tamen dici oppositam probabilem a Lessio: at hanc esse probabiliorem. Num Sotus sit pro illa, dubitari merito potest ex supradictis n. 209.

216. Quod spectat peculiariter ad depositum, quod regulariter est res mobilis (cf. Molina disp. 522.): si quaestio fiat, de qua culpa depositarius teneatur: distinguendum est. Si enim depositum fit in solius gratiam deponentis (atque hoc est presse dictum depositum), depositarius tenetur solum praestare dolum et culpam *latam*, quae dolo aequiparatur l. *Quod Nerva* Dig. *Depositi*. Si vero depositum et in gratiam depositarii fit, ut cum stipendium accipit seu mercedem, tenetur depositarius etiam de culpa *levi*, licet non levissima l. *Depositum* Dig. *Depositi* §. 8. coll. §. ult. Inst. *de Locat. et cond.* Excipe Nautas, Caupones, Stabularios, qui etiam de culpa tenentur levissima, scil. reputatur iis gravissima negligentia, quae in aliis levis foret; non tamen de casu fortuito aut vi maiore l. *Et ita* Dig. *Nautae* etc. Quod peculiare tamen, ut de culpa nempe levissima teneantur, censet Laymann cum aliis *de Deposito* n. 1. non improbabiliter, ante sententiam iudicis, in foro conscientiae haud valere.

Item quia *pignus* datur in gratiam utriusque, pro securitate nempe creditoris et utilitate debitoris: ergo creditor circa illud tenetur de culpa levi. Precarium vero imponit obligationem tantum ex dolo et culpa lata; quia ad nutum revocare alius rem potest l. *Quaesitum est* §. 3. Dig. *de Precario*.

217.* Aliae praeterea obligationes depositarii sunt. Sane uti nequit *per se* re deposita; quia non conceditur ipsi usus rei, sed res datur in custodiam. Veruntamen, si dominus non censeatur rationabiliter invitus, licebit ei re uti et si res sit usu consumptibilis, eam consumere, retenta obligatione parem restituendi. Quod si censens dominum haud fore invitum, erraverit bona fide, non peccavit; sed debet domino exigenti postea compensare pro usu, si exinde factus sit locupletior. Lug. disp. 33. n. 4. cf. resol. A. 3.

Depositum reddere debet statim ac petitur, si fieri potest; etiamsi petatur ante tempus designatum: dummodo sit depositum purum, non transierit in contractum locationis. Constat ex l. *Depositum* §. 22. Dig. *Depositi*. Et ratio est, quia in solius deponēntis commoditatem deposita res est; nulla ergo causa esse potest, cur, eo petente, res retineatur. Aliquando vere reddi non debet, ut si in damnum suum aut aliorum repetatur, si deponens furatus eam fuerit et simul cum fure dominus res repetat, secus ipsi furi restituenda foret, si tamen sine domini detrimento fieri possit l. *Depositum* §. 39. Dig. *Depositi*. Cf. Laymann l. c. Item si depositarius dominus rei furto ablatae detegatur. Cf. Lug. l. c. n. 7.

Pro expensis tamen factis in rei depositae custodia, depositarius exigere

potest compensationem nec ulla esse potest hac in re difficultas atque ipsa lex concedit ei actionem adversus deponentem l. *Actione* Dig. *Depositi*.

218. Quaeritur an commodatarius, depositarius compensare debita sibi possint ex commodato, precario, deposito. Negat hanc facultatem ius positivum l. ult. C. *de Commodato* et l. *Si quis* C. *Depositi:* ne, ait Gregorius IX. c. *Bona fides, de Deposito,* « contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam referatur ». Sed quid iure naturae per se spectato? « Probabile est, ait Lessius l. 2. c. 27. n. 16., in foro conscientiae locum habere compensationem, quando nulla alia ratio suppetit rei sibi debitae obtinendae. Iure enim naturae et gentium potest quis ex qualibet re debitoris sibi satisfacere, quando aliter solutionem obtinere nequit. Atque ita ait multos recentiores sentire. Utique in foro externo haec compensatio non admittitur: verum neque ibidem admittitur compensatio in rebus diversae speciei, quam tamen in foro conscientiae DD. communiter probant. Cf. dicta superius de Compensatione.

219. Quaeritur utrum commodatarius et depositarius possint res suas praeferre rebus commodatis aut depositis, cum nequeunt servare utrasque.

In primis advertendum, quod in foro externo, si quis in communi periculo res proprias liberavit, relictis alienis suae custodiae commissis, praesumitur contra ipsum mala fides et cogitur ad reparationem damni; nisi contrarium probetur. Colligitur ex l. *Quod Nerva* Dig. *Depositi* et c. *Bona fides, de Deposito,* ubi dicitur: « Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis exsistentibus, depositas amisisti ».

In eodem autem foro externo, ut monet Lugo disp. 8. n. 135., non praesumitur, dominum rei servatae non esse compensaturum damnum quodlibet extraordinarium, quod alter pro conservanda re passus est; quia dominus ad id tenetur et delicta non praesumuntur.

220. Si vero secundum ius naturae loquamur, responsio communis est, ait Lugo ibid. n. 130., quod in contractu, quo quis tenetur solum de culpa lata, potest res proprias etiam viliores praeferre alienis: in contractu, quo quis etiam de levi tenetur, potest suas pretiosiores vel aeque pretiosas praeferre alienis: in contractu, quo de levissima tenetur, potest solum suas pretiosiores praeferre alienis. Ratio est; quia sic quilibet eam diligentiam pro alterius rei custodia adhibet, quam prudentia ab eo postulat.

Lessius tamen l. 2. c. 27. nn. 23. seqq. distinctionem petit non ex debita diligentia, sed potius ex rei valore. Ait ergo 1° si res tua est pretiosior, potes eam praeferre rebus tibi commodatis, depositis, conductis, oppignoratis; quia nemo tenetur subire damnum maius, ut avertat damnum minus alterius et dicit hanc esse sententiam communem DD. Neque censet tunc te debere compensare damnum alterius, etsi res alterius

fuerit apud te ob solum commodum tui; quia res, periens absque tua culpa, periit domino. 2° Si res alterius est pretiosior, debes eam praeferre tuae; si tamen res alterius erat apud te in commodum alterius vel utriusque, potes exigere compensationem damni tui: secus, si erat solum ob commodum tui. 3° Si res tua et alterius sunt aequales, potes praeferre res tuas, si res alterius sunt apud te in commodum solius alterius aut commune: si vero in commodum tui solius, debes praeferre res alienas atque hanc dicit esse communem sententiam.

221. Lugo vero monet duo. 1° Principium illud, quod quilibet prudens in rebus suis praefert pretiosiora minus pretiosis, unde inferunt quidam, quid fieri debeat, quando simul sunt res alienae et propriae, ab eo, qui prudenter agere velit; principium, inquam, istud certum est, si terminus comparativus *pretiosior* accipitur formaliter: fieri tamen potest ut id, quod in se, materialiter est magis pretiosum, evadat tibi propter iacturam aliquam, quam in eius retentione aut conservatione subire debes, minus pretiosum, quam aliud, cuius conservatio nullum detrimentum affert, etsi in se sit minus pretiosum.

Qua in hypothesi, res quae per se est minus pretiosa, foret reapse tibi pretiosior.

Quocirca, si quando res ita se habeant, ut conservatio rei alterius pretiosioris, damnum maius tibi inferat, quam conservatio tuae vilioris: nequit ex regula illa, quod vir prudens praefert res proprias magis pretiosas vilioribus propriis, inferri, debere te res pretiosiores alienas praeferre tuis vilioribus; nisi praeterea demonstres prudentiam id postulare in custode rei alienae.

Iam vero 2. nec commodatarius nec depositarius tenentur ad sumptus extraordinarios pro re commodata seu deposita gratis faciendos et si faciant, ius habent ad compensationem exigendam: depositarius vero neque ad sumptus ordinarios tenetur, cum in gratiam solius deponentis depositum fit. Uterque tamen, cum res in discrimen adducitur, debet rei alterius curam habere et veluti negotii alterius gestor, eius commodo et utilitati consulere. Haec aequitati naturali satis consona apparent.

222. Itaque 1° si res alterius pretiosior sit tua, tu debes praeferre rem alterius et alter iacturam tuam compensare tenebitur. Quod si negabit, ex eiusdem re servata compensationem tibi accipere licebit. Si vero iactura tua fuerit minima, aequum est ut nullam compensationem postules, etiamsi simplex fueris depositarius; nam ipso contractu gratuito, quo suscepisti rem custodiendam, ad aliquod etiam detrimentum subeundum videris te obligasse: quod certe valet, cum res commodata fuit. Quae vero in singulis casibus magna vel parva censenda sit iactura, iudicio prudentum est relinquendum.

Si autem 2° cum res in periculo versantur, res alterius est quidem pretiosior tua, attamen tu scis dominum rei pretiosioris non esse compensaturum damnum tuum, quod tibi certe grave erit, non teneris rem alterius praeferre tuae nec pro eius iactura dominum compensare.

Ratio ex dictis patet; quia hic foret sumptus extraordinarius, ad quem nec commodatarius tenetur. Censenda proinde foret res periisse casu fortuito absque ullius culpa, cum nemo eam servare teneretur ideoque periisse domino.

Si 3° tandem res aliena et tua sunt pares, perinde est sive tuam serves sive alienam; nam quamvis alienam serves, tenebitur eius dominus te compensare pro iactura tuae; quae fuisset in hac hypothesi sumptus extraordinarius et idcirco tantumdem erit ac si tuam prae aliena servaveris. Cf. Lugo l. c. nn. 135.-142.

Advertenda tandem duo. 1° Quod depositarius esse potest, quicumque rationis usu pollet, etiam femina l. *Publia* Dig. *Depositi*, etiam pupillus, contra quem, si dolum commisit aut lucupletior factus est, actio datur, etiamsi absque tutoris auctoritate depositum susceperit l. *Depositum* §. 15. Dig. eod. tit. An religiosus possit, dicemus suo loco.

2° Commodatum et precarium expirant morte accipientis nec transeunt ad eorum heredes; quia personalia censentur: non autem morte dantis, donec ab eius herede revocentur. Cf. Lugo disp. 32. n. 17.* (a).

(a) Cum hactenus dictis de obligationibus commodatarii consona sunt quae habet ius Gallicum art. 1875-1891 et ius Italicum, quod illud exscribit art. 1805-1818.: exigunt tamen solum diligentiam patris familias in re custodienda et statuunt quod si commodata res perit casu fortuito, a quo eam commodatarius potuisset subducere, substituendo suam, aut si non valens utramque salvare, praetulit suam, respondere debet de amissione alterius C. G. art. 1882. C. I. art. 1810.: quod cohaeret cum iure positivo communi et in foro externo obligat.

Concedunt pariter commodatarium non teneri ad expensas extraordinarias necessarias pro conservatione rei commodatae: ut idcirco si eas praestiterit, quia periculum erat in mora nec dominus moneri potuit, hic eas refundere teneatur C. G. art. 1890. C. I. art. 1817.

Neque haec moderna iura abludunt a iure communi quoad depositum. In solis rebus mobilibus constitui ipsum potest. Debet depositarius eam curam gerere rei depositae, quam gerit pro rebus suis. Quae regula rigidius applicanda est, si depositarius semetipsum obtulit ad recipiendum depositum: si mercedem pro custodia stipulatus est: si depositum in commodum solius depositarii factum sit: si conventio intercessit, quod is de quavis culpa teneatur. Nunquam tamen tenetur depositarius, si quid, vi maiore praevalente, contingat, nisi iam antea rem a deponente postulatam reddere distulerit. Deponens vero compensationem debet depositario pro omnibus expensis factis in conservationem rei depositae et indemnem eum servare a qualibet iactura, cuius depositum fuerit occasio. Caupones et stabularii seu qui viatoribus tectum et lectum praebent, depositarii censentur earum rerum, quas iter agentes afferunt in eorum diversorium, in quo manent illique tenentur de furto aut damno illato rebus itinerantium, si furtum perpetratum aut damnum illatum sit a domesticis

Dub. VI.

De Mutuo.

XXXVIII. Respond. Est contractus, quo rei alicuius numero, pondere vel mensura constantis dominium a mutuante in mutuatarium transfertur, cum obligatione restituendi eandem vel similem specie et bonitate. Proprie autem mutuum fere est in rebus usu consumptibilibus, inter quas etiam est pecunia: quae, licet non absumatur, nec pereat in se, perit tamen exponenti. Distinguitur a permutatione, quod in ea reddatur res alterius speciei: item a pignore, hypotheca, deposito, commodato et locato, quod dominium in iis non transferatur, sed usus tantum. Bon. disp. 3. q. 3. p. 1.

223. In definitione vox *eandem* redundat; secus esset commodatum. « Mutui datio, ait Iustinianus Inst. l. 3. tit. 15. ab init., in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant (h. e. ait Vinnius ibid., quae ex certo pondere, numero, mensura aestimantur et hoc modo sunt in commercio) veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando aut metiendo aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant ». Eae porro sunt res, quae functionem recipiunt.

Quare mutuum definiunt alii communius: « Est traditio rei in suo genere functionem recipientis, ut statim accipientis fiat et postea tantundem eiusdem generis ac qualitatis restituatur ».

Dicitur *traditio,* quia contractus *mutui* non perficitur solo consensu, sed ipsa re adeoque requiritur ipsa rei traditio, per quam dominium rei in alium transferatur.

Haec dominii translatio non absolute, sed circumscripto quodam sensu intelligenda est. Neque enim quemadmodum in donatione, sic in mutuo transferri dominium contingit, sed potius tanquam in *re credita;* nam, ut iura aperte habent l. 2. §. 3. Dig. *De rebus creditis,* mutuum ad creditum velut species ad genus revocatur. Duo haec itaque conciliari debent, nimirum et quod pecuniae mutuo datae fiant accipientis, ut ex iure §. 2. Instit. *Quibus modis re contrahitur obligatio,* et l. 13. Dig. *De rebus creditis* manifeste colligitur, et quod nihilominus eadem pecuniae summa ex parte mutuatarii censeatur et vere sit *aes alienum,* ex parte

---

aut personis praepositis directioni diversorii aut ab extraneis, qui illud frequentant. C. G. art. 1918. 1927. 1928. 1929. 1947. 1952. 1953. C. I. 1837. 1843. 1844. 1845. 1862. 1866. 1867.

Depositarius rem depositam, ei qui deposuit restituere debet: si tamen intelligat rem esse furtivam et dominum eius noscat, debet hunc monere, statuto congruo spatio temporis, quo eam ipse reposcat: si autem hic negligens fuerit, depositarius ab omni obligatione liberatur restituens depositum illi, a quo accepit. C. G. 1937. 1938. C. I. 1853. 1854. Cf. ibidem cetera satis idonea et aequa. E.

vero mutuatoris sit *res credita*, de qua iure dominii disponere pro arbitrio possit, eam donando, legando, vendendo etc. Cuius rei simile exemplum habes in bonis dotalibus. Si enim in pecuniis haec consistant ac marito tradantur, utique harum ita fit dominus, ut eas pro lubitu absumat nec ideo tamen uxor dotis suae dominium amittere censetur; nempe in his casibus amittitur dominium proprietatis in pecunias, quatenus sunt haec massa metalli seu signum valoris: nequaquam vero in valorem ipsum, cuius mere ceditur usus. Hinc fit, ut in traditione alicuius summae in mutuum seu ad utendum (nam hinc et *usurae* nomen), necesse nullatenus sit massam metallicam alteri dare (ut patet ex leg. 15. Dig. *De rebus creditis*), sed (si quis est, cui communis fiducia ita favet, ut hoc ipsi deferat) sufficiet nominis appositio ad cambii litteras, quae alteri tradantur, prouti nunc sufficit traditio monetae chartaceae tanquam signi valoris, ad cuius usum parum interest, utrum in monetam metallicam necne convertatur.

Advertit Donellus *de Iur. Civ.* l. 14. c. 1. n. 6., mutuum ita dictum esse « non utique eo tantum, quod *de meo tuum fiat*, ut est in l. 2. *de Rebus creditis;* alioquin donatum ita fit mutuum; sed quia viceversa hoc etiam agatur, ut tuum illud, quod acceperas, rursus fiat meum. Inest enim in hoc verbo reciprocatio mei et tui idest haec vis, ut meum tuum fiat et retro tuum meum » (a).

Illa autem dicuntur in suo genere functionem recipere, quae sub eodem genere adeo similia sunt, ut in solutionibus alterum alterius vice fungi possit sive pro altero substitui. Ita vinum pro vino, oleum pro oleo, pecunia numerata etc.

Inter res consumptibiles ponuntur et eae, quae apud utentem manent, sed in tales usus adhibentur, ut restitui ipsae eaedem non possint v. g. ligna et lapides ad extruendam domum, argentum ad anulos faciendos etc. (b).

(a) Haec etymologia nominis *mutuum* ut ex *meo* et *tuo* sit veluti coagmentatum, probari nemini potest et videtur potius vocabulum radicem habere communem cum verbo *muto*. E.

(b) Ait A. proprie mutuum fere esse in rebus usu consumptibilibus. *Fere* inquit, quae limitatio tamen parum congruit cum praecedenti *proprie:* quod enim proprium est, semper competit; sed voluisse videtur dicere, quasdam res, in quibus mutuum fit, physice saltem non destrui, quemadmodum aliae. Consumptio tamen aliqua semper in mutuo spectatur, propter quam res mutuo datur. Hic sane est conceptus, qui legislationem romanam de mutuo pervadit; secundum quam *usus* rei mutuatae et eiusdem *consumptio* in idem redeunt. Quae ratio est, ait Vinnius in Inst. l. 3. tit. 15. ab init. cur res mutuata fiat acceptantis; quia usus eius sine consumptione nullus est. Quapropter in mutuo a debitore non eadem res tradita debetur, sed idem genus; quia nempe res tradita consumitur. Leg. tit. *de Rebus creditis* in Dig. Quod et in pecunia valet, *necessitatibus sublevandis* adhibita, quae apud utentem desinit nec

Unde resolves.

XXXIX. 1. Mutuans obligatur monere de vitio rei; alioqui ad damnum tenetur in conscientia.

224. Exemplum habes in eo, qui vinum det mutuum, sed non moneat vitium, quo vinum facile et brevi acescat.

---

manet in bonis fortunae aequivalentibus et sic ipsi consumitur, non secus ac vinum et frumentum, quo se sustentat. Quaestio esse potest de pecunia ad negotiandum data, quae apud negotiatorem in aequivalenti manet: certum est tamen ipsam usu distrahi ac posse apud mutuatarium eius valorem interire atque ab eodem nonnisi idem genus deberi.

Frequentissime mutuum in traditione pecuniae consistit atque ita nunc generatim accipi solet, cum simpliciter mutuum appellatur. In ceteris sane rebus contractus mutui aliis contractibus puta venditionis, permutationis suppleri potest et solet.

Dictum est in definitione: *postea;* nam de ratione mutui est, ut spatium quoddam temporis intercedat inter traditionem rei et eiusdem generis restitutionem et sic mutuator privetur certo tempore usu rei suae: secus finis in hoc contractu intentus nequiret obtineri.

Dictum est tandem non solum *eiusdem generis* sed *et qualitatis* h. e. *bonitatis:* regula enim huius contractus, quemadmodum et aliorum, est: servandam esse aequalitatem; secundum quam regulam dirimendae sunt quaestiones circa qualitatem rei, quae restituitur, cum aliud conventione mutua aut lege statutum non est.

Advertere iuvat, quod apud Romanos duplex erat contractus vel duplex contrahendi modus in praestatione pecuniae: *contractus mutui* (quamvis hoc nomen generice acceptum frequenter pro utroque usurparetur), quo pecunia ita tradebatur, ut praeter sortem nihil exigeretur (prestito gratuito) et *contractus fenoris* (pecunia fenebris, prestito ad interesse), quo aliquid exigebatur praeter sortem. Ita apud Plautum Asin. act. 1. in fine. « Nam si (minas) *mutuas* non potero, certum est, sumam *fenore.* Et sane prior contractus apparet, cum Diocletianus statuit l. 11. C. *de Non numerata pecunia:* « ultra hoc, quod accepit, *re* obligari neminem posse constat (obligatio mutui est obligatio, quae *re* contrahitur Inst. l. 3. tit. 15.)... nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis a te nomine praeses provinciae exigi patietur ». « Gratuitum hinc, ait Gothofredus, colligunt mutuum esse », collatis l. 11. Dig. *de Rebus creditis* §. 1. « Si dedero decem, ut undecim debeas, putat Proclus, amplius quam decem condici (exigi) non posse » et l. 17. Dig. *de Pactis:* « *re* non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est ».

Verum, si accedente stipulatione, quae est obligatio *verborum,* usurae in stipulatum deducebantur, eas dare oportebat, ut Antoninus iussit l. 2. C. *de Non num. pec.* Et profecto alterum contractum sive alterum contrahendi modum, certis utique limitibus definitum, quo mutuator aliquid ultra sortem recipiendum stipulabatur, probasse romanas leges, constat ex toto tit. C. *de Usuris,* in quo cf. speciatim l. 26m et seqq. ubi sermo est de stipulatione usurarum earumque permissa quantitate.

Has leges usurae faventes sustulit in Oriente Basilius Macedo, utpote *Spiritus decreto condemnatas:* sed easdem restituit eius filius Leo philosophus, eo quod paterna dispositio non in melius sed in peius vergebat; cum vix inveniretur, qui absque spe lucri vellet indigentibus mutuari. Ita ait ipse Leo in sua Novella Constit. 83.

Itaque, quod maxime interest in hac quaestione, tenenda est notio mutui, quam leges romanae tradunt, si rite intelligere velimus ecclesiasticos canones, qui usuras in mutuo damnant. Nam cum nusquam in legislatione ecclesiastica occurrat definitio mutui, tenendum est eam ab Ecclesia positam vel acceptatam fuisse notionem mutui, quam leges habent romanae. Porro notio romana mutui id postulat ut contractus

XL. 2. Item non repetere rem ante tempus, nisi ipse sit in pari necessitate.

225. Id intelligendum, si tempus statutum sit: liberum est enim alioqui mutuanti consentire in hoc vel illud temporis spatium; sed postquam concessit, obligatur ad pactum servandum. Secus de damno quoque forte sequuto teneretur.

Ceterum non secus ac in contractu commodati, subintelligitur semper conditio, nisi premar aliqua gravi necessitate; nemo enim censetur seu praesumitur voluisse semet obligare etiam in casu gravis alicuius damni seu incommodi subeundi.

Si tempus exacte statutum non fuit, ex adiunctis iuxta prudentis viri arbitrium res decernenda, ut communiter DD. dicunt. Qua in re cavendum ex parte mutuantis 1° ne statim petat, adeo ut ad iocum mutuatus videatur, quod praesumi non debet: 2° ne ita petat, ut obesse potius quam prodesse beneficium hoc contingat. Sed iterum cavendum, ne exigatur dilatio, ultra quam consensisse non censeatur.

XLI. 3. Item praestare casum fortuitum mutuatarius tenetur, cum penes hunc rei dominium sit et rem eadem quantitate et qualitate reddere suo tempore.

226. A. ait teneri mutuatarium praestare casum fortuitum eo quod rei dominium habet; hoc intellige iuxta dicta n. 223. (a).

---

sit in re quae datur, ut usu consumatur, ideoque non eadem res quae accipitur, sed idem genus reddendum sit. « In his quidem rebus solis, ait Cuiacius in lib. 28. Pauli *ad Edictum*, quae sunt in *abusu* (usu consumuntur), quales sunt, quae pondere, numero, mensura constant, mutuum consistere potest, quod ita contrahimus, non quasi recepturi easdem res, quas dedimus, nimirum *damus in hoc, ut qui eas acciperet, eis abuteretur et consumeret;* sed quasi recepturi idem genus similemve materiam non eandem ».

Idem Cuiacius discrimen ostendit inter fenus et mutuum in tit. Dig. *de Nautico fenore.* « Sed quaero, fenus quale sit negotium? Sane prima fronte videtur esse *locatio et conductio;* nam nummi locantur, idest *utendi dantur*, conducuntur, idest *utendi accipiuntur certaque mercede.* At non est propria locatio; nam ea locantur, quorum est usus aliquis, pecuniae non in usu consistunt (nempe sed in abusu); quoniam utendo consumuntur. Item contracta locatione, eadem res redditur: contracto fenore, eadem res non redditur. Nec etiam est mutuum; nam mercedem non recipit mutuum, sicut nec commodatum. Verum duplex est contractus; *datione mutuum contrahitur, stipulatione fenus* ». Et ad tit. *de Usuris* ibid. « Videtur fenus esse ex obligatione *locati conducti;* quia creditor pecuniam dat fenori, ut debitor ea utatur; imo et locare pecuniam qui dat, qui vero accipit, conducere videtur. *Omnia conductis coemit obsonia nummis,* ut ait Horatius: conductis nummis est *fenore sumptis*... Verum enim vero fenus non est locatio conductio... Quid igitur? an fenus est mutuum? Non, nam mutuum sui natura mercedem non recipit nec commodatum. Verius est duplicem contractum intervenire, mutui et fenoris et mutuum datione pecuniae, fenus stipulatione contrahi; nec enim aliter creditae pecuniae usura debetur, quam si deducta sit in stipulationem ». E.

(a) Periti romani iuris rationem reddentes cur mutuatarius, interitu fortuito rei, non liberetur a solutione, duas has causas indicabant, 1° quia res domino perit: 2° quia mutui debitor est debitor generis; genus autem nunquam perit. Cf. Vinnium Inst. l. 3. tit. 15. ab init. n. 7. E.

Si mutuatarius in mora culpabili restituendi fuerit, omne damnum et lucrum cessans mutuanti compensare tenetur tum in foro externo, tum in foro conscientiae. Laym. lib. 3. tr. 4. cap. 15. n. 2.

Tenetur autem restituere, etiamsi non exigatur, cum sive ob oblivionem non exigitur, sive ob distantiam, sive ob reverentiam aut timorem offensionis. Quod si non petat cum facile possit, mutuans censetur indulgere. Ligor. lib. 3. n. 755.

XLII. 4. In vero mutuo lucrum aliquod accipere non licet; quia est usura, de quo dub. seq.

227. Dicitur in *vero* mutuo: nam, ut videbimus, disputatur, an quidam contractus ad mutuum revocari debeant, necne. Praeterea mutuum, non secus ac commodatum, ex sua natura est contractus gratuitus. Atqui contractus gratuiti naturae repugnat, ut aliquid, veluti debitum, exigatur. Ergo. Exempla habes alia in donatione et hospitalitate.

Hoc loco Theologi et Iurisperiti quidpiam monent de mutuo dato administratoribus Ecclesiae, aut locorum piorum, aut Civitatis, aut curatoribus, aut tutoribus. Cum enim administratores valde proni esse soleant ad pecunias mutuas accipiendas: ne ea res in detrimentum cedat favorabilium personarum ac locorum, iure tum civili tum canonico sancitum est, nec loca pia, nec ecclesias, nec civitates, nec minores aut pupillos teneri ad solvendum, nisi ostendatur, pecuniam cessisse in utilitatem ipsorum. Id vero si non ostendatur, obligabitur ad solvendum administrator, curator etc. Qua de re vide Laymann lib. 3. tr. 4. c. 14. nn. 6. 7.

Velim recte intelligatur id, quod heic addit s. Alph. lib. 3. n. 756.: « Si tamen Praelatus cum consensu capituli (adde, *ubi opus sit*) et idem dicitur de gubernatore cum consensu officialium, recipiat mutuum nomine ecclesiae (aut civitatis), ipsa semper tenetur solvere; dum praelati cum capitulo recte alienare possunt res mobiles Ecclesiae ».

Dicendum fuerat clarius 1° nullam tunc requiri probationem, cessisse nempe in utilitatem loci administrati, cum agitur *de civitate;* quia Magistratus possunt alienare etiam bona civitatis immobilia. Si vera agatur de ecclesia, necessaria non erit probatio, si vendenda sint mobilia minus pretiosa, quorum liberam administrationem habet Praelatus: necessaria vero erit probatio supradicta, si vendenda forent aut *pretiosa mobilia,* aut immobilia; quia ex iure haec alienari non possunt a Praelato sine evidenti utilitate aut necessitate.

Intellige ergo non de immunitate a culpa, si praesides male administrent, sed de necessitate reddendae rationis in foro externo. Quocirca quando probatio exigitur, damnabuntur ad solvendum, si haec necessitas et utilitas non appareat, licet culpa theologica absit.

228. Alterum monent DD. de filiis familiae: hi ex mutuo accepto conveniri efficaciter non possunt etiam post mortem patris, sed ex senatusconsulto, quod Macedonianum dicitur, tuti sunt (saltem in foro externo) tum ipsi tum pater: imo et fideiussores, nisi intercesserint animo donandi. Si tamen reipsa solvant, solutum non possunt repetere: cuius dispositionis haec ratio videtur esse, quod illud S. C. non principaliter in favorem personae; sed potius in odium feneratorum latum fuerit.

Tamen hoc S. C^m cum loquatur solum de pecunia numerata, extendi non debet ad alias res mutuatas.

Praeterea locum non habet, 1° si filius bona aut castrensia aut quasi castrensia aut adventitia habeat, quorum administratio et usus fructus penes ipsum sit.

2° Si miles erat, cum mutuum accepit, aut si tum videbatur publice sui iuris esse, aut se patremfamilias iactaret idque mutuator credidit.

3° Item si pro altero sui iuris exsistente filius fideiussit, aut si patris iussu mutuum accepit, aut sciente et tacite consentiente patre, aut patre dein contractum dictis vel factis approbante, aut si a patre praepositus est negotiationi, aut si res accepta in rem patris versa est.

4° Si filio mutuo data sit pecunia ad necessarios sumptus, cum alibi v. gr. studiorum causa absens degeret. Laym. l. c. n. 3. 4.

Si tamen filius ex accepta sic pecunia factus sit ditior, plane iure naturali ad restituendum tenetur, licet aliter ius civile pro suo foro disponat.

Si vero eam absumpsit, fuere DD. qui dicerent, teneri in foro conscientiae, eo quod lex civilis non tollat naturalem obligationem. At communior et probabilior sententia est non teneri; quia lex civilis ob commune bonum opportune potuit id in poenam criminis feneratorum statuere. Vid. Laym. l. c. n. 3. 4. 5. et s. Alphons. lib. 3. n. 757. Et haec valent, ubi viget eiusmodi ius: nam alioquin standum est legibus loci propriis.

229. Quaeritur an praeceptum sit mutuandi. Mutuari divitibus ut opes suas augere possint, nulla est obligatio; cum nulla ipsi urgeantur necessitate.

Ad pauperes quod spectat, qui in extrema vel gravi necessitate versentur (qui tamen habituri sint quo restituant: secus enim de eleemosyna solum quaestio esse posset), quaestio an iis mutuari teneatur qui absque suo gravi incommodo id facere potest, non respicit nisi specialem casum quaestionis generalioris, an ex caritate teneamur subvenire proximo in extrema aut gravi necessitate exsistenti et quantum teneamur. Cui quaestioni iam factum est satis in tr. de Caritate.

Identidem et divites in tanta versari possunt necessitate, ut caritas nos obliget etiam graviter iis mutuari. Ante quam tamen confessarius hanc

mutuandi obligationem urgeat, perpendere sane debet, caritatis praeceptum non adstringere cum gravi incommodo; grave autem incommodum perraro abesse ab hoc mutuandi officio gravissimasque molestias ut plurimum manere eos, qui creditum recuperare pro iure suo volunt. *Fraudabit* (inquit Spiritus Sanctus Eccli. XXIX. 8. 9.) *illum pecunia sua et possidebit illum inimicum gratis. Et convicia et maledicta* (mutuatarius) *reddet illi* (mutuatori) *et pro honore et beneficio reddet illi contumeliam.* Unde concludit: *Multi non causa nequitiae non fenerati sunt, sed fraudari gratis timuerunt.*

Dub. VII.

Quid sit usura.

XLIII. Respond. Est lucrum immediate proveniens ex mutuo, ita ut mutuans supra sortem id est summam capitalem, lucretur aliquid, quod sit pecunia aestimabile, ita ut lucrum tale praecise intendatur ratione mutui. Quod plane iniquum est et grave peccatum contra ius humanum et divinum; cum mutuans acquirat lucrum ex re iam non amplius sua: quia res mutuata iam transiit in dominium mutuatarii, ut patet ex definitione. Et regula generalis est: Omne pactum vel gravamen sive onus additum mutuo, praeter id, quod ei proprium et intrinsecum est, reddit contractum usurarium. Bon. d. 3. q. 3. p. 3. Card. Luc. etc.

230. Lucrum et lucrari intelligi debet de eo, qui mutuatur intentione *pretii debiti ex mutuo* et quidem debiti *ex iustitia.*

Quod lucrum ex mutuo sit iniquum et legibus divina et humana et naturali prohibitum, certum est. Vid. Ligor. lib. 3. n. 759. Rationem tamen, quem A. affert tum eas,, quae afferri ab aliis solent, ut ostendatur repugnans iuri naturali, melius inferius perpendemus.

Nunc satis sit notasse rationem hanc evidentissimam, quod eiusmodi lucrum repugnet naturae huius contractus. Nam quemadmodum *commodati* contractui repugnat, ut exigatur commodati pretium; quia natura eius est, ut sit « *rei alicuius ad solum usum gratuita concessio* »: ita repugnat naturae mutui, cuius natura est, ut *tantundem*, quantum datum est, recipiatur atque adeo sit contractus *gratuitus.*

Immerito quidam ponunt mutuum inter contractus onerosos; eo quod restitui debeat acceptum. Sic onerosum erit et commodatum, quod tamen definitur contractus gratuitus. Inst. l. 3. tit. 15. §. 2.

Unde resolves.

XLIV. 1. Peccat graviter ex genere suo exercens talem usuram, etsi sit mentalis tantum absque externo pacto. Dicitur enim usura mentalis, cum quis intentionem habet accipiendi aliquid ex mutuo ultra sortem, etsi exterius pacto id non exprimat: sicut realis seu exterior usura dicitur, cum quis intentionem illam per pactum aliquod

exprimit. Quod aliquando tantum implicite fit in aliquo contractu et vocatur usura palliata, cum videlicet contrahentes praetendunt alium contractum emptionis, locationis etc., in quo tamen revera usurarium quid intervenit. Vide exempla apud Tolet. l. 5. c. 31.

XLV. 2. Non est usura, si mutuans nihil intendat ut pretium, sed tantum speret aliquid ex gratitudine et ea intentione illi aliquid donetur; licet illud ut finem principalem intendat. Molin. t. 2. p. 305. n. 5. Card. Lugo. disp. 25. * Perpende tamen hic Proposit. 42. inter damnatas ab Innoc. XI.

XLVI. 3. Quod si tamen intelligeret sibi aliquid donatum, non gratis, ut putabat, sed ut debitum ratione mutui, teneretur restituere, quantum inde ditior evasisset, ut habet Sà v. *Usura,* Card. Lugo d. 25. sect. 3.

XLVII. 4. Nec est usura dare mutuum alterius amicitiae captandae causa atque ulterius inde sperare officium; quia amicitia non aestimatur pretio. Card. Lugo l. c.

XLVIII. 5. Pactum tamen de obtinendo a mutuatario (vel eius opera) officio aliquo, illicitum est et usurarium. Ita commun. Mol. d. 310. Less. Sal. C. Lugo contra Navarr. etsi Salas *de Usura* d. 9. n. 4. eum excuset, qui mutuat aliquid cum pacto, ut statim praestetur aliquod beneficium ex gratitudine. Vid. Trull. l. 7. c. 19. disp. 7.

XLIX. 6. Pactum, ut a mutuatario conferatur beneficium Ecclesiasticum, est usura (et simonia); quia cogitur is subire novum onus.

L. 7. Non est usura, cum quis non potens sua recuperare, mutuat, ut sibi reddantur sua, vel ne sibi inique noceatur; quia haec iure iam ante debentur et sic non facit lucrum nec imponit novam obligationem. Bon. q. 3. t. 3. n. 15. ex Azor, Reg. etc.

LI. 8. Nec est usura exigere aliquid ratione periculi recuperationis, difficultatum vel expensarum, quae erunt vel metuuntur in recuperanda sorte; quia pretio aestimari potest, quod quis se in tale periculum et difficultatem coniiciat. Con. d. 3. q. 3. p. 5. Necesse tamen esse, ut periculum istud etc. deducatur in pactum expresse vel tacite, docet Laym. l. 3. t. 4. c. 16. n. 9. ex Medin. Val. Mol. Less. etc. Idem dicit C. Lugo n. 80. Et sic liciti sunt Montes pietatis, ut vocant, hoc est, thesauri quidam, qui in refugium pauperum a Rep. vel Principe reponuntur, ut inde pauperibus gratis mutuetur: ita tamen, ut parum retribuant pro expensis, quae fiunt in ministros et conservationem talium montium. V. Tol. l. 5. c. 48. Less. l. 2. c. 20. Bon. l. c. p. 13.

LII. 9. Nec est usura, si timens difficultatem aut fraudem mutuatarii in reddendo tempore constituto, paciscaris, ut, si tunc non solvat, aliquid det praeter capitale loco poenae: quae poena licite exigetur, dummodo non fiat alia intentione, quam ut mutuatarius sic quasi constringatur, ne sua culpa fallat. Unde si mutuatarius absque sua culpa non possit solvere, non licebit poenam exigere, ut habet Tol. sup. c. 32. qui ait, manifestum esse argumentum pravae intentionis, si optes non solvi tibi praefixo tempore, ut poenam recipias ac simpliciter usuram fore, si certo sciens alterum non valiturum solvere, adhuc tali poena oneres. V. Bonac. d. 3. q. 3. p. 7. Mol. t. 2. d. 317. Less. l. 2. c. 20. d. 15.

LIII. 10. Nec est usura, pacisci et accipere aliquid ratione damni emergentis (si quidem mutuum vere illius causa sit) aut lucri cessantis vel cessaturi, dummodo de hoc praemoneatur mutuatarius: ut si volebas domum reficere aut poteras nunc commodo tempore emere triticum, privando autem te tua pecunia in dando mutuo corruit domus et postea carius emes triticum: item non poteris lucrari cum tua pecunia, quod poteras et volebas negotiando, ita ut mutuatio sit vere causa lucri cessantis. Ubi notat Tol. supponendum in hoc titulo lucri cessantis, 1. quod vere volueris cum ea pecunia negotiari et non habeas aliam: 2. quod malis negotiando aliterve lucrari, quam sic mutuando, ita ut mutues tantum in gratiam mutuatarii: 3. ut minus exigas, quam lucrari poteras et deductis expensis; quia lucrum cessans non est actu, sed in potentia

et variis adhuc eventibus obnoxium. Unde ad arbitrium viri prudentis, pro maiore vel minore eius certitudine, aestimare id poteris et sic cum mutuatario de eo pacisci. S. Thom. 2. 2. q. 78. a. 2. ad 1m Mol. d. 324. Sal. dub. 26. etc. Card. Lug. d. 25. sect. 6. Bonac. qu. 3. p. 4. Hinc qui non habuit animum negotiandi, vel si non erant nec brevi sperabantur merces, vel non erat moraliter certus de lucro, nihil potest accipere ultra sortem; quia mutuatio ista vere non fuit causa lucri cessantis. Eadem ex causa usura est, si mercatores credito vendentes aliquid ultra pretium rigorosum accipiant titulo lucri cessantis, verbi gratia, rem tantum valentem 100. vendant pro 105. numerandis post annum; quia vendendo ad creditum (quod est virtualis mutuatio) plures habent emptores pluresque res vendunt, et sic compensatur lucrum cessans atque adeo illud non cessat ratione huius venditionis. Dian. p. 2. t. 34. Trul. c. 19. d. 9. vid. dub. seq. * Hac in re perlege Propos. 41. inter proscriptas ab Innoc. XI. *

LIV. 11. Mutuare frumentum vetus cum obligatione, ut restituatur novum (praesertim certo tempore) est usura, si mutuans sciat novum fore melius et maioris pretii. Silv. Navar. Trul. d. 15. n. 11.

LV. 12. Est usura ex communi sententia, si des mutuum, ut postea mutuatarius ex debito civili obligetur tibi rursus mutuare aut vendere, vel apud te in tua officina emere merces aut operas suas locare; quia talis obligatio est res pretio aestimabilis, cum privet mutuatarium potestate alibi emendi et locandi operas. Less. l. 2. c. 20. d. 8. Card. Lugo d. 25. n. 46. V. Laym. l. 3. t. 4. c. 16. n. 3. Bon. l. c. p. 3.

LVI. 13. Usura est, mutuare Principi vel Reip. eo pacto, ut interim, dum non solvitur, sis liber a tributis vel oneribus iustis solvendis. Salas, C. Lugo n. 64. ex communi.

LVII. 14. Item mutuare ea lege, ut mutuatarius eam pecuniam exigat a debitore mutuantis, a quo non facile extorquebit. Quod addo, quia, si sponte onus illud suscipiat, eo quod facile possit obtinere, non erit usura. Ibid. et Bon. l. c.

LVIII. 15. Item, si frumentum, quod alibi habes, des mutuum, obligando, ut tibi reddatur hic vel alibi (cum maioribus sumptibus vel laboribus), ubi plus valet. ibid.

LIX. 16. Usura etiam est, obligare mutuatarium, ut partem mutui accipiat in mercibus, quibus non indiget, ibid.

LX. 17. In mutuo pecuniario, nisi aliter conventum sit, si quis det mutuo v. gr. 100. florenos, non potest exigere plus, quam eorum pretium et valor tunc fuerit. Unde, si eorum valor tunc augeatur, non potest repetere 100.; quia reciperet aliquid supra sortem. Quod si valor decrescat, debet mutuatarius reddere plus, quam 100. quia alias non restitueret ad aequalitatem. Vid. Less. l. 2. c. 22. d. 8. Laym. l. 3. t. 4. c. 16. n. 16. Bonac. l. c. p. 3.

LXI. 18. In mutuo tamen aliarum rerum, ut vini, tritici etc. aliter se res habet; quia, si quis v. gr. mutuet alteri 10. modios tritici, sive pretium crescat sive non, potest repetere 10. Ratio disparitatis est, quia in pecunia non spectatur ordinarie (nisi aliter conventum sit ob certas et licitas causas) nisi valor, sive pretium. Unde non debet restitui nisi pretium aequale. At vero in frumentis etc. spectatur ipsa materia; quia non petitur mutuum frumentum propter pretium frumenti, sed propter ipsum corpus et substantiam: ergo, etsi crescat pretium illius, potest repetere tot mensuras, quot dedit mutuo. Interim tamen quidam de his rebus eodem modo loquuntur, quo de moneta. V. Laym. l. c. n. 14. et Bon. l. c.

231. Quoad priores 7. resolutiones. Dicitur peccare *graviter ex genere suo*. Sed adesse potest parvitas materiae; quia usura est peccatum iniustitiae, quatenus alienum usurpatur sine titulo sufficienti. Usurpatio autem alieni erit gravis vel levis pro mensura rei usurpatae.

Hoc contra Alphonsum de Leon, qui negavit, dari parvitatem materiae; ideo quod, inquit, ex SS. PP. *quidquid* accedit sorti, *usura est*. Atqui pari modo dicimus, quidquid invito domino alienum acceperis, furtum est. *Quidquid* ibi significat non quamlibet quantitatem, sed quodlibet genus rerum et hoc contra eos, qui in sola pecunia usuram admittebant. Vid. Lugo disp. 25. nn. 251-253.

Porro an peccet qui petit mutuum ab usurario sive an liceat ab usurario mutuum petere, diximus satis in tr. V. *de Caritate* n. 209. seqq.

232. Definitio usurae mentalis intelligenda est vere, cum aliquid pretio aestimabile intenditur et speratur a mutuatario tanquam ratione mutui accipiendum veluti debitum, et ut sit datum et acceptum tanquam debitum ratione mutui: licet in expressum pactum id deductum non fuerit.

233. Exempla usurae palliatae plura non solum Toletus citato loco, sed et alii afferunt, quae recensere fere non vacat; cum et alia innumera fingi possunt, in quibus sunt aut dubie usurarii contractus aut palliata usura. Minus autem haec persequi necessarium ideo etiam est, quod necesse modo vix aliquando sit ad hos contractus confugere, si quis pecunia sua lucrum aliquod exquirat. Nihilominus speciminis gratia haec sint.

1º Sub pallio *depositi*, v. gr. deponis apud aliquem pecuniam et das facultatem utendi eo pacto, ut propterea obligatus sit ad solvendum pretium v. gr. 8. pro 100. Qui contractus non est depositum, sed mutuum; quia si utitur pecunia, iam absumitur et dominium (inquiunt) transfertur, atque adeo perit *ficto* depositario.

2º Sub pallio *emptionis et locationis*. V. gr. aliquis dicit: non do tibi mutuos 100. aureos, sed emo a te tres boves, quos loco tibi pro annua pensione 6. aureorum. Interim vero alius boves nullos habet, unde nec venduntur nec locantur. Secus, si haberet reipsa et iustum pretium in omnibus servaretur. Periculum tamen boum spectaret ad emptorem.

Sub pallio *emptionis aut venditionis*. *Emptionis*, si emis pretio viliori quam sit infimum, quia anticipas solutionem: *Venditionis*, cum exigis plus quam summum, ob dilatam solutionem. Excusari tamen ab usura potest vel ob damnum, quod sequatur, vel nisi pretium aut augendum aut minuendum certo sciretur tempore solutionis iuxta mensuram, quae modo statuitur. Vid. Sporer *De usura* n. 98. et dicenda, ubi *de Emptione Venditione*.

Sub pallio *venditionis et reemptionis*, qui contractus appellabatur *Mohatra* Hispanice, Italice *Stocco*. Mercator vendit summo pretio, solutione exspectata et dein emit statim rem venditam pretio infimo, numerata praesenti pecunia. Usura autem est, si pactum praecedat revenditionis. At si absit pactum quodlibet, et intentio usuraria ac iniustitia pretii et emptor

roget dein mercatorem ut emat etc., non erit usura, sicut non esset, si venderet alteri. Cf. infra l. c.

Sub *pallio solutionis:* v. gr. si cum debeas alteri 100. post annum, des modo octoginta et petis 20. remitti, usura est, inquit Toletus, si remitti exigas ratione temporis: secus si ratione periculi aut lucri cessantis etc. Non enim est usura, ut unus possit emere in his casibus centum pro octoginta. Cf. l. c.

Sub pallio *mutui cum pignore utendo*, qui contractus dicitur *antichreseos*, cum quis pro mutuo accipit pignus cum pacto, ut interim fructus pignoris lucretur, qui tamen ad rei pignoratae dominum per se pertinent.

Vitatur autem usura, si non pignori des, sed vendas rem, quam deinceps redimas. Vendita enim res fructus dabit iuste emptori, ad quem et periculum spectabit.

De reliquis palliis usurae redibit sermo, ubi de aliis contractibus.

233. Cum agitur de re *aestimabili* pretio, triplex casus fingi potest. 1° Si sine ullo pacto externo, datur tamen lucrum et accipitur non quasi ex gratitudine, sed ut debitum. Et communis doctrina est, restituendum esse, nisi mutuatarius condonet. Ratio, quia si dedit ut debitum, non affuit donatio voluntaria sufficiens ad transferendum dominium. Id ita accidit, quando mutuatarius dat, quia aliunde scit, alium nolle gratis mutuare. Lugo disp. 25. n. 31.

2° Si mutuatarius dedit quasi ex debito, alius vero accepit velut ex gratitudine; abest aeque voluntaria illa donatio, par ad transferendum dominium. Ergo, si mutuator id noverit, debet restituere *ex re accepta* atque adeo dumtaxat in quantum factus est ditior.

Si autem mutuans haereat, quo animo alius dederit, alii generatim dicunt, praesumendam donationem gratuitam; praesertim si mutuator non ostendit in dando tristitiam aut molestiam nec sit avarus aut pauper: alii generatim ex adiunctis iudicandum dicunt: alii praesumendum, aegre dedisse; quia homines fere difficulter dant gratis. Haec dicuntur circa inchoationem possessionis; si enim bona fide accepit, servanda regula generalis de dubio superveniente. Et si mortuus est mutuatarius, iudicetur ex praemissis coniecturis; si vivus est, interrogetur, quo animo dederit. Vid. Lugo disp. 25. 32., et Ligor. lib. 3. n. 761. q. II.

3° Si mutuatarius gratis dedit, sed mutuator mala fide quasi debitum accepit; mutuans utique peccavit propter conscientiam (ut qui furatur rem, quam credit alienam et est sua): sed communis et vera sententia est, non teneri ad restituendum; quia ex parte dantis fuit sufficiens ad transferendum dominium voluntas (Lugo l. c. n. 33.), quod intellige, si quando cognoscat, ex gratitudine id sibi datum: secus semper deerit bona fides ex conscientia erronea.

234. De intentione autem mutuantis, haec Lugo disp. 25. n. 28.: « Dicendum est, non esse usuram sperare et intendere ex mutuo gratiam et benevolentiam mutuatarii; quam sicut aliis beneficiis et obsequiis, ita etiam mutuo intendere possumus et quidem absque peccato etiam levi, quando aliquis honestus finis adest talem benevolentiam desiderandi. Ratio, quia quod licite possumus desiderare, intendere quoque possumus per media nobis non prohibita. Unde non est usura sperare, quod mutuatarius ex liberalitate et gratitudine aliquod donum conferat, sine debito ac pacto; imo hac spe licet offerre mutuum Principi, ut ipse ex gratitudine officium conferat, vel beneficium ecclesiaticum tibi aut tuis procuret ». Ita, inquit Lugo, RECENTIORES OMNES, qui in his omnibus conveniunt. Rationem huius doctrinae facilius intelliges ex comparatione *commodati:* quod enim in hoc licet, non est, cur non liceat etiam in mutuo.

235. Ergo, subdit Lugo n. 29., neque usura est intentio lucri, si hoc ex liberalitate et gratitudine exspectetur; nam usura est, ubi est iniustitia, quae heic non adest. Affectus ergo ille reprehendi potest, ut avarus, praesertim si iis solum vult mutuari, quos sic gratos fore sperat: abest tamen usura; quia non exigitur aut intenditur pretium, sed mutuans beneficiis alium provocat, ut hic quoque beneficus in eum sit. Vid. infr. n. 238. doctrinam s. Thom. contra Concina.

236. Communiter negant etiam esse usuram, si ea intentio verbis exprimatur; quia haec per se non reddunt donationem involuntariam. Quae sententia, inquit Lugo disp. 25. n. 30., *vera est,* praesertim si petitio fiat post solutum mutuum. Quod si ex rubore alius dare videtur, hic non vitiat donationem, si rubor non iniuste est illatus, iuxta regulam de contractibus ex metu. Haec clarius intelliges ex comparatione cum commodato.

Prop. 42. damn. ab Innoc. XI: « *Usura non est, dum aliquid ultra sortem* EXIGITUR, *tanquam ex benevolentia et* GRATITUDINE DEBITUM, *sed solum si exigatur, tanquam ex iustitia debitum* ». DEBITUM dicitur, quod deducitur *in pactum:* atque adeo exigitur velut ex eo pacto debitum. Hoc est, quod damnatur. Vid. Ligor. lib. 3. n. 764.

237. Quid si alter det vel ob timorem ne iterum mutuans neget se daturum, vel ne putetur ac dicatur ingratus? Alii contra alios negant esse usuram: quam sententiam Lugo disp. 25. l. c. n. 35. *dicit in rigore veram.* Ratio, quia iste timor non efficit ut detur quasi debitum ex iustitia; sed gratis ut alliciatur animus, ita ut novum beneficium non negetur nec cessetur a beneficiis. Nihil autem ad rem facit, quod quis det ex timore notae ingratitudinis apud homines; dummodo non sit infamiae timor *iniuste* illatus. Ita Episcopus sine simonia dat beneficium, ne, si non conferat, domesticus taedio affectus ac spe lapsus, abeat. Vid. Lugo n. 34. 35.

238. De spe lucri in mutuo, haec s. Thom. 2. 2. q. 78. art. 2. ad 3.:

« Si aliquis ex pecunia mutuata exspectet vel exigat, quasi per *obligationem pacti* taciti vel expressi, recompensationem muneris ab obsequio vel a lingua vel a manu, perinde est ac si exspectaret vel exigeret munus a manu... Si vero munus ab obsequio vel a lingua non quasi ex obligatione rei exhibetur, sed *ex benevolentia*, quae sub aestimationem pecuniae non cadit, licet hoc accipere et exigere et exspectare ».

Et clarius *de Malo* q. 13. art. 4. ad 13.: « Dicendum, quod munus aliquod vel a manu vel a lingua vel ab obsequio, potest usurarius sperare ex mutuo, quod concedit, dupliciter. Uno modo quasi *debitum* ex quadam obligatione tacita vel expressa et sic quodcumque munus speret, illicite sperat. Alio modo potest aliquod minus sperare *non quasi debitum*, sed quasi gratuitum et absque obligatione praestandum et sic licite potest ille, qui mutuat, sperare aliquod munus ab eo, cui mutuat; sicut qui facit servitium alicui, confidit de eo, ut amicabiliter suo tempore servitium faciat ».

Concina reprobat, quod habet Busemb. resol. 2. licere id intendere etiam ut finem principalem. Et s. Alphonsus lib. 3. n. 762. addit, hoc « verius dici et esse omnino illicitum ex textu s. Lucae « *Mutuum date, nihil inde sperantes* ». Si textus iste (inquit s. Alphons.) non explicatur saltem de hac principali spe, nescio in quo alio casu explicari poterit ».

Resp. s. Thomas tum q. 13. *de Mal.* art. 4. ad 3. tum 2. 2. q. 78. art. 1. ad 4. hunc Lucae textum explicavit et duplicem aliam dedit interpretationem, quam respuere Concina non debet. Christus scil. ibi aut praecidere voluit spem lucri usurarii et illiciti, aut etiam spem quae collocatur in homine potius quam in Deo. Ita s. Thomas l. c. *de Malo:* « Secundum superficiem litterae Evangelii potest esse sensus, quod dare mutuum sit consilium; sed si detur mutuum, quod detur absque spe usurarii lucri, hoc est praeceptum... Vel potest dici, quod non loquitur ibi de spe usurarii lucri, sed de spe quae ponitur in homine. Non enim debemus bona nostra facere spectantes ab homine retributionem, sed a Deo ».

Omisso igitur hoc sensu spirituali, s. Thomas invenit utique sensum idoneum, scil. non sperandum lucrum illicitum et usurarium. Porro aliud lucrum non usurarium sperari posse ipse s. Thomas affirmavit. Quod autem licitum est sperare, licitum est etiam intendere; et intendere etiam principaliter non facit, ut intendatur *iniuste* seu usurarie. Ergo nihil ad rem facit, quod sit motivum principale: sicut, si principale motivum donandi sit favorem adipisci Praelati ad officium obtinendum, donatio non fit *usuraria.*

Ceterum cum res sit tam manifesta, omittendae sunt istae vanae quaestiones, *nec vexandae sunt conscientiae.*

239. Cum regula generalis sit, quodcumque pactum, quo gravamen

aut onus aliud, praeter id, quod mutuo intrinsecum est et proprium, adiicitur, reddere contractum usurarium, memorare prodest alia pacta, quae tale onus imponunt.

Usura igitur est, si imponatur pactum condonandi iniuriam vel in honore, vel in fama, vel in corpore, vel in fortunis factam; nisi forte agatur de prece, ut haec libere condonet ex amicitia. Lugo disp. 25. n. 37.-40.

240. Quoad resoll. 12. 13. 14. 15. 16. haec generatim advertimus. Communis, iuxta Lugo n. 47., sententia est, non posse imponi conditionem mutuatario, ut v. gr. tibi ipse quoque si quando indigeas, det mutuum, vel iusto pretio tuum agrum colat, vel apothecam tuam, vel molendinum, vel scholam adeat etc. Ratio semper eadem est, quia in his imponeretur aliquod onus iniuste, quia sine titulo id fieret; obligatio enim mutuandi, emendi, locandi operas etc., aliquod onus est, *pro quo* potest aliquis pretium accipere, si obliget se ad vendendum, ad mutuandum indigentibus etc. Et huc spectat quoque resolutio 5., quae ita intelligenda: si officium obtinendum a mutuatario, vel obtinendum ab alio *eius opera,* sit pactum de re debita ex iustitia *vi mutui.*

241. Istae itaque resolutiones ex dictis clarae sunt. Quaeri autem generatim solet, an usurarius dominium acquirat usurae solutae. Certe si mutuatarius non habet animum transferendi dominium, aut si solvit putans ex errore se debere solvere, dominium non acquiritur mutuanti; quia deest voluntas transferendi dominium in mutuatario. Si autem mutuatarius, sciens quidem se non debere, vult tamen, etsi invitus, solvere propter metum vel aliam similem causam: censet Lugo disp. 25. n. 206. dominium transferri, debile tamen et cum obligatione plena restituendi quidquid acceptum est (doctrinam eiusdem, data n. 101. ex disp. 22. n. 119. est hypothetica: si dominium non transferatur; an vero transferatur necne, heic resolvit): negat Caietanus cum aliis in 2. 2. q. 78. a. 3.: cuius sententiam s. Alphonsus n. 783. probat. Quaestio pro praxi parum utilis: cum praesertim, si, quod in usu communi est, usurae pecunia solvantur et haec a mutuatore suis pecuniis misceatur, quae maiori sint in quantitate, concedant omnes illas propter mixtionem in dominium transire accipientis. Cf. Lug. l. c.

Nunc de materia resolutionum 8^{ae}, 9^{ae}, 10^{ae}.

De titulo periculi sortis.

242. Quoad titulum *periculi sortis* dubitatio occurrit apud Lugo disp. 25. n. 80.: quia « periculum circa sortem non est damnum diversum ab ipsa sorte; cum non afferat aliud detrimentum, nisi ipsius sortis; qui ergo reddit sortem, eo ipso tollit omne damnum et detrimentum circa ipsam sortem: ergo toti periculo circa sortem satisfiet reddendo sortem »;

ut propterea si quid aliud receptum est, in partem sortis restituendae debeat computari, cum redditur sors.

Nihilominus « sententia *probabilior* et satis communis affirmat, licite posse aliquid moderatum accipi propter periculum sortis ». Ita s. Alphons. n. 765.

Ratio 1ª intrinseca, quia subire periculum est res pretio aestimabile: Lug. ibid. Sane si est pretio aestimabilis spes lucri, erit quoque, ratione oppositorum, pretio aestimabile subire periculum sortis. Lugo causam cur haec sententia sit probabilior, in eo reperit, quod molestia, quam mutuator patitur ex timore amittendae sortis, est damnum quoddam diversum ab ipsa amissione sortis et est huiusmodi, ut in pactum deduci possit eius per pecuniam compensatio l. c. n. 81. Quo in argumento responsio quoque continetur ad praeced. dubitationem.

2ª In sess. 10ª Concil. Lateran. sub Leone X. dum damnatur usura, excipitur casus periculi: « quando videlicet ex usura rei, quae non germinat, nullo labore, nullo sumptu *nullove periculo*, lucrum fetusque conquiri studetur ».

3ª Affert s. Alph. ibid. textum, ut putat, s. Thomae; sed non est s. Thomae. Ita etiam Scavini. Est opuscul. 75. Vet. edit.: allegatio sumpta est ex *Petrocorensi*.

4ª Decisio S. C. de Prop. Fide sub Innocentio X. Romae edita an. 1645. pro Sinensibus: « Censuit S. C. Cardinalium S. Rom. Ecclesiae, *ratione mutui* immediate praecise nihil esse exigendum ultra sortem principalem; si vero aliquid recipiant ratione periculi *probabiliter* imminentis et qualitatis eiusdem ac servata proportione inter periculum et id, quod accipitur,... *non esse inquietandos*, dummodo habeatur ratio probabilitatis periculi ». Quae verba, inquit s. Alphonsus, n. 765., *non meram tolerantiam, sed positivam permissionem significant*. Et hoc memoria retinendum pro aliis Responsionibus Sedis Apostolicae etiam circa hanc eandem materiam. Authenticitatem huius decreti quidam negavit apud s. Alph. l. c., qui eam tuetur et cf. Croix n. 856.

Porro pericula, de quibus S. Congregatio respondit, erant *fugae, tardae solutionis, difficultatis exigendi*: « *quae pericula*, inquit l. c. s. Alph., *inter extrinseca non sunt extraordinaria* ». Addit s. Alphonsus l. c., Pontificem *praecepisse* observantiam huius decreti; quod non fecisset, si dubitasset de usura.

— Conditiones duae ex s. Alph. l. c. requiruntur: 1ª ut periculum sit verum *et extraordinarium*, non autem commune, v. gr. si detur mutuum *homini dubiae fidei, aut pauperi*. Nescio tamen quomodo s. Alphons. dicat, requiri *extraordinarium*, dum paulo post refutat *Henricum a s. Ignatio*, dicentem, nihil valere decisionem allatam pro Sinensibus.

quia agebatur *de casu extraordinario periculi longe maioris quam periculi communis.* « Respondetur, ait s. Alph., quod s. C. respondit de periculis, de quibus fuit quaesitum, nempe *fugae, tardae solutionis* et *difficultatis exigendi,* quae pericula inter extrinseca non sunt extraordinaria ».

2ª Conditio est ut mutuans non respuat assecurationem sortis, quam mutuatarius offerat, per pignus aut fideiussionem. Et bene monet s. Doctor l. c., quod mutuans potest merito exigere a mutuatario id, quod alter ipsi daret pro assecuratione sortis; licet mutuum postea integrum reddatur. Redit enim res ad contractum quendam aleatorium: quo lucraris, si sors integra reddatur, detrimentum subis sed levius, si sors amittatur.

3ª Conditionem ponit Gury §. 859., ne mutuatarius sit pauper; eo quod tunc urgeat praeceptum mutui. Scilicet tunc aliquid pro periculo exigens posset peccare contra caritatem, sed non contra iustitiam. Ex alia parte titulus hic *periculi sortis,* specialiter locum habet, cum mutuatarius est pauper.

De montibus pietatis, de quibus heic A., loquemur inferius.

De poena conventionali.

243. Poena conventionalis additur, si mutuatarius sit in mora. Doctrina A. est communis, ait s. Alph. n. 766. Ratio, quia adiungitur solum, ut consulatur firmitati contractus et avertatur negligentia mutuatarii et damnum mutuantis. Cum vero poena huiusmodi habeat rationem magis pacti alicuius, quam verae poenae (non enim a lege indicitur): non requiritur sententia iudicis, ut mutuatarius solvere teneatur.

Triplex servanda conditio: 1° ut mora debitoris sit notabilis et culpabilis: 2° ne ex cupiditate lucrandi poenam, cogas debitorem eo tempore restituere, quo scis eum non posse: 3° ut poena sit culpae proportionata.

Quidam damnant *desiderium* ne mutuatarius reddat, cum debet, ut nempe poena exigi possit; quia, inquiunt, est animus usurarius. Sed si ita est, dicendus esset animus usurarius in iis omnibus, qui optant occasionem lucri ex poena inflicta. Usura est lucrum vi mutui: poena non est lucrum ex mutuo. Ergo animus optans poenam non est usurarius. Perperam autem citatur s. Alph. n. 766.; nam is loquitur de ea cupiditate, quae impellit ad exigendam restitutionem, quando alter non posset.

Diximus in 1. conditione, quod mora debeat esse culpabilis. Ceterum, quemadmodum dictum est in Commodato n. 203., nihil vetat, quominus conventio fiat de solvenda aliqua mulcta, etsi mora non sit dolosa aut culpabilis. Servatur enim paritas inter damnum quod subit mutuator et id quod rependit mutuatarius, sive inter datum et acceptum.

De titulo lucri cessantis et damni emergentis.

244. Postrema animadversio de frequentia emptorum est subtilitas indiscreta, unice ad vexandas conscientias apta. Si verum est, dilationem tuam ex sua natura impedire me, ne negotiari possim, contractus est talis, ut iuste possim exigere. Alia sunt extrinseca, quae non mutant rei naturam. Cur potius non cogitant molestias et creditorum interitus?

245. Propositio 41. ab Innoc. XI. damnata est eiusmodi: « Cum numerata pecunia pretiosior sit numeranda et nullus sit qui non maioris faciat pecuniam praesentem quam futuram, potest creditor ultra sortem a mutuatario exigere et eo titulo ab usura excusari ».

At bene ait Viva in Synopsi comment. ad Prop. 42. Alex. VII., quod intelligitur damnatum « ceu feneratitium lucrum, quod reportatur ex eo praecise, quod datur pecunia numerata pro numeranda », non vero pro damno, quod ex dilatione sequatur.

246. S. Thomas in q. 13. *de Mal.* art. 4. ad 14. negat disserte quidquam repeti posse etiam pro damno emergente. Ita ille: « Dicendum, quod ex pecunia mutuata potest ille qui mutuat incurrere damnum rei iam habitae dupliciter. Uno modo ex quo non redditur sibi pecunia statuto termino et in tali casu ille qui mutuum accepit, tenetur ad interesse. Alio modo infra tempus deputatum et tunc non tenetur ad interesse ille, qui mutuum accepit. Debebat enim ille, qui pecuniam mutuavit, sibi cavisse ne detrimentum incurreret. Nec ille qui mutuo accepit, debet damnum incurrere de stultitia mutuantis. Et est etiam simile in emptione. Qui enim emit aliquam rem, tantum pro ea iuste dat, quantum valet; non autem quantum ille, qui vendit, ex eius carentia damnificatur ».

De lucro autem cessante, rem ceu extra controversiam posuerat in ipsa obiectione 14. inquiens: « Duplex est interesse. Quoddam quidem ex eo, quod aliquid non adest, quia scilicet aliquis non acquisivit quod acquirere potuisset *et ad hoc interesse non obligatur aliquis.* Aliud est interesse ex eo, quod aliquid abest, quia scilicet aliquid subtractum est alicui, de quo habebat et de tali interesse nascitur obligatio. Sed contingit quandoque, quod ex pecunia mutuata aliquis damnificatur in eo, quod habebat. Ergo videtur, quod pro hoc interesse aliquid accipere possit absque peccato ».

247. In Summa tamen sententiam mutavit quoad damnum emergens, licet eandem doctrinam retinuerit quoad lucrum cessans. Suspicio est, in alio loco s. Thomam habuisse prae oculis casum, quo nihil pactum fuerit ab initio et dein mutuator velit exigere pro damno, de quo prius non cogitaverat. Vid. infr. n. 250., ubi de *conditionibus necessariis* ad exigendum. Ceterum, ut dicebamus, s. Thomas 2. 2. q. 78. art. 2. ad 1.

ait: « Dicendum, quod ille, qui mutuum dat, potest absque peccato in pactum deducere cum eo, qui mutuum accipit, recompensationem damni, per quod subtrahitur sibi aliquid, quod debet habere. Hoc enim non est vendere usum pecuniae, sed damnum vitare et potest esse, quod accipiens mutuum maius damnum evitet, quam dans incurrat; unde accipiens mutuum cum sua utilitate damnum alterius recompensat. Recompensationem vero damni, quod consideratur in hoc quod de pecunia non lucratur, *non potest* in pactum deducere; quia non debet vendere id, quod nondum habet et potest impediri multipliciter ab habendo ».

Doctrina s. Thomae in eo vera est, quod quisquis scit, sibi usum pecuniae abdicari, quam mutuat, eo ipso quod mutuat, renunciare censetur huic suo commodo. Quae eadem ratio valere potest pro neganda compensatione quoad damnum emergens. Cumque nemo cogat eum, ut mutuet: si onera illa seu detrimenta subire non ipsi arridet, abstineat a dando mutuo, quod mutuatarius ab alio petet neque hic debet cogi, ut pro mutuo, quod ex se gratuitum esse debet, damnum recompensandi detrimenta alterius incurrat.

Et haec minus absona videbuntur, si rem pro aetate s. Thomae reputantes, advertamus, mutuum peti consuevisse maxime a pauperibus, pro avertenda praesenti necessitate et de hoc casu maxime DD. egisse.

248. Aliqui (vid. Zech opusc. 2. §. 26. pag. 14-15.) explicare volunt, ex s. Thoma non esse compensandum quidquid sperari potest probabiliter, sed solum pro valore spei probabilis.

Sed sincere fatendum, antiquos adversatos fuisse apertissime (vid. Zech l. c., inter quos Innocentius IV.). Doctrina tamen opposita praevaluit etiam inter recentiores.

Nec mirum, quod s. Thomas loc. sup. negaret compensationem etiam ex damno emergenti. Certe Scotus in 4. dist. 15. q. 2. art. 3. de hac re ait: « Si non vult damnificari, pecuniam sibi necessariam reservet; quia nullus eum necessitat ad faciendam misericordiam proximo. Sed si vult misericordiam facere, necessitatur ex lege divina, ut non faciat eam vitiatam »: perinde scilicet ac nos diceremus de eleemosyna. Hinc non secus ac s. Thomas, solum damnum ex mora solutionis videtur admittere ibid. art. 2.: « Debitor, ex cuius non solutione creditor notabiliter damnificatur, tenetur de iustitia satisfacere creditori de interesse ». Quia videlicet id non continebatur in opere misericordiae, quod mutuans sponte susceperat. Zech l. c. pag. 11.

249. Ceterum communis est DD. sententia, titulum tum emergentis damni tum cessantis lucri parem esse, ut exigatur quidpiam ultra sortem.

In Constitutione Benedicti XIV. *Vix pervenit* dat. 1. Nov. an. 1745. n. 3. dicitur: « Per haec autem nequaquam negatur, posse quandoque

una cum mutui contractu quosdam alios, ut aiunt, titulos eosdemque ipsimet universim naturae mutui minime innatos et intrinsecos, forte concurrere, ex quibus iusta omnino legitimaque causa consurgat quiddam amplius supra sortem ex mutuo redditam rite exigendi ».

Porro inter titulos illos extrinsecos ipse Benedictus in cap. 4. §. 2. lib. 10. *de Synodo* (in quo capite §. 10. ad hanc suam Constitutionem appellat) disserte memorat utrumque memoratum titulum, inquiens: « Omne lucrum ex mutuo, praecise ratione mutui, uti loquuntur theologi, hoc est *lucri cessantis, damni emergentis,* alioque extrinseco titulo remoto, usurarium atque... illicitum esse, perpetua fuit et est catholicae Ecclesiae doctrina... ».

Sane, ut ait Lessius l. 2. c. 20. n. 72.: « illa pecunia, quae mihi necessaria est ad aliquod damnum impediendum (adde: et ad lucrum captandum), non solum mihi valet, quanti ipsa nude considerata aestimatur, sed etiam quanti est carere tali damno (vel tale acquirere lucrum); nec enim tantummodo aestimatur res secundum se ipsam, sed etiam quatenus est domino causa certi boni consequendi vel mali vitandi: unde licite potest vendi pluris, quam per se valeat, cum in ipsa illud etiam commodum vendi censeatur ».

250. Conditiones aliquae, ut rite exigatur interesse, assignantur. Prima est, ut interesse ab initio in pactum deducatur: nam post contractum nihil petere potest mutuans, etsi immemor vel non praevidens fuerit. Excipe nisi vi aut dolo aut timore etiam reverentiali ad mutuandum coactus fuerit. Lessius lib. 2. cap. 20. n. 77.: « Si neque damnum ipsum, neque periculum damni deduxisti in pactum, mutuatarius non tenetur quidquam pro eo solvere, etiamsi postea eveniat: modo ipse non fuerit in mora solvendi; quia nec ratione pacti nec ratione culpae tenetur... secus est si fuerit in mora... similiter si per vim coactus fuisti mutuare ». Ligor. n. 769.

251. Heic quaeritur, an necesse sit praemonere mutuatarium explicite de damno emergente aut de alio iusto titulo, an vero sufficiat pacisci de danda aliqua summa ultra sortem.

Lugo disp. 25. n. 73. allatis rationibus utriusque oppositae sententiae, subdit n. 74.: « Negari non potest, *magis tutum esse,* quod causa exigendi explicetur, nempe damnum emergens, tum ad vitandum scandalum, tum ad consulendum honori ipsius mutuantis et vitandum periculum, ne aliquando de usura accusetur, tum denique ad assecurandum debitum, quod facilius non solvetur, quando mutuatarius putat esse usurarium. *Regulariter* tamen non credo obligandum mutuantem ad restitutionem, quando pactum sine eiusmodi explicatione fecit; quia *regulariter* mutuatarius non retardaretur a contractu ex eo, quod nosset, iusto titulo excessum exigi, ut constat. Accipit ergo mutuator excessum illum ex

praesumpta saltem dantis voluntate omnino libera et aliunde iusto titulo ex parte sua, quod sufficit ut non teneatur ad restituendum acceptum. Quamvis enim mutuatarius sit invitus, quando solvit usuras, non potest tamen esse rationabiliter invitus nisi sub conditione, si mutuans non habet iustum titulum exigendi: debet autem voluntas consentire, si iuste exigitur ». Ait Lugo, *regulariter* non esse obligandum etc.: occurrit nimirum rationi adversariorum, scil. quod mutuatarius sciens iustum adesse titulum, forte non contraheret; contrahit autem putans adesse usuram, quam aut non exactum iri, aut restituendam sperat. Ceterum si iste sibi vult prospicere et cavere periculum solvendi pro causa, quae iusta inest alteri, interroget, an ita res habeat; secus vero sibi imputet.

S. Alphonsus (n. 769. reiicit absolute Lugo inter eos, qui negant necessitatem exprimendi *titulum:* at, uti patet, Lugo solum de *obligatione restituendi loquitur.*

Contra idem s. Alphonsus opponit illi Lessium et Busembaum. At Busembaum per illa verba « *dummodo de hoc praemoneatur mutuatarius* » innuit solum, *pactum aliquid* esse faciendum, non vero expresse declarandum titulum.

Lessius vero idem docet ac Lugo lib. 2. cap. 20. n. 74.: « Adverte tamen, si revera ex mutuo tibi damnum impendeat, v. gr. si ex mutuo 100. aureorum certo sis accepturus detrimentum aureorum 10., non *erit usurae peccatum,* etiamsi non monito mutuatario de hoc damno, paciscaris tibi reddi 110. Ratio est, quia in re nulla est inaequalitas, quamvis ipse hoc ignoret et existimet, te ratione mutui exigere ac proinde des ei occasionem scandali. Neque ipsum decipis contra iustitiam; quia per hoc non das ei occasionem ut putet, pecuniam illam pluris valere, quam valeat, aut ut acceptet contractum, quem alius non esset accepturus, ut suppono ».

Allegat s. Doctor alia ex Lessio n. 110. eiusdem capitis et reipsa ibi sunt haec verba: « Non permittendum, ut quis in posterum sic contrahat absque expresso titulo, *ob quem lucrum petat* ». At 1° dixerat: « Non ausim hos cogere ad restitutionem, quanquam putem non permittendum etc. ». 2° Id non dicit Lessius de necessitate *exprimendi titulum,* seu significandi hunc titulum alteri, sed de necessitate cogitandi ob quem titulum quis petat, ut servetur aequalitas et occurratur periculo usurae; est enim ibi quaestio de eo, qui bona fide fecit contractum mutui titulo usurario, praetermisso iusto, quem tamen habebat, titulo.

252. *Secunda conditio est,* ut non plus exigatur, quam sit lucrum, quod ex alio contractu licito sperares iuxta aestimationem spei et periculi.

Tertia conditio est, ut mutuum sit vere causa damni. Huc spectant conditiones appositae ab Auctore in Resol. 10.

Conditio ab A. in resp. 10. primo loco apposita scil. « *dummodo non habeas aliam pecuniam* » intelligenda sic est « dummodo non habeas aliam, *quam servare nihil interest;* potest enim quis velle servare pro opportunis familiae occasionibus et ne improvisis necessitatibus prematur: vid. s. Alphons. n. 771. Imo cum semper verum sit, praestationem esse per se causam, cur lucrum cesset, licet accipere, etiamsi non sit familiae necessaria, sed statueris illam solam pecuniam, quam das mutuam, negotiando impendere. Ligor. ibid.

Verior autem et communior sententia est, aliquid exigi posse non solum ratione damni certe obventuri, sed etiam ratione periculi ne damnum probabiliter sit sequuturum. Vid. Ligor. n. 770. et Less. cap. 20. n. 75.

Quod idem dicendum de periculo lucri cessantis. Ligor. n. 770.

Adde ex s. Alphonso n. 769., exigi posse hanc compensationem, licet ultro te offeras ad mutuandum; hoc enim non impedit, quominus adsit damnum et aequum sit, ut mutuans servetur indemnis. Ex hac etiam quaestione nosse licet, quot et quanta subtiliter excogitata sint ad vexandas conscientias.

253. Heic quaestionem faciunt, an si quis bona fide facit contractum usurarium, dein re cognita, lucrum exigere vel acceptum retinere possit ex iusto titulo, qui revera aderat. Porro s. Alphonsus n. 773., duce Concina, veriorem (quo vocabulo negare videtur probabilitatem alterius sententiae) dicit sententiam negativam, contra Lugo aliosque.

Atqui idem s. Alphonsus concedit, retineri posse, quando contrahentes in iustum titulum saltem implicite consenserunt, quatenus intenderint contrahere meliori modo, quo possent. At vero haec est ratio, quam et Lugo probabat disp. 25. n. 181., cum probabilem affirmativam sententiam dixerat. Addebat aliam rationem, quod hic contractus iustus sit tum formaliter (ob bonam fidem), tum materialiter (quia titulus reipsa subest) et comparandum cum contractu illius, qui vendit pro 100. equum ornatum, bona fide putans 80. valere equum, 20. autem ornamenta, quando aliter res erat et equus valebat 40., ornamenta vero 60. Quis enim hunc cogeret ad restitutionem?

Adde quod Lugo n. 181. expresse iam notaverat et reiecerat vitium latens in aliquo argumento allato ab aliis pro hac eadem sententia: mutuantem nempe haberi posse ut possessorem bonae fidei, qui teneatur ad id solum, in quo factus est ditior: cui vitio insistit dein s. Alph. ut reprobet illam.

De obligatione non repetendi sortem.

254. Praeter titulos aut *periculi sortis* aut *difficultatis in ea recuperanda* aut *lucri cessantis* aut *damni emergentis,* quaeritur an iustus

titulus aliquid exigendi praeter sortem sit *obligatio*, quam mutuans subit, non repetendi mutuum nisi post multum tempus (Lugo disp. 25. in titulo sect. 3. dicit, *per annum*), etiamsi nullum reipsa inde patiatur incommodum.

Tres adsunt sententiae, inquit s. Alphonsus n. 760. Prima, inquit, *communis* negat et oppositam falsissimam dicit Lugo disp. 25. n. 17. Ratio, quia illa obligatio est annexa mutuo et si exigi *pro tanto tempore* potest, ergo etiam pro *aliquo* et sic omnis usura palliabitur.

Secunda sententia, inquit s. Alphonsus, dicit, quod licet in mutuo sit obligatio exspectandi solutionem pro aliquo tempore, quando tamen obligatio est de non repetendo nisi post multum tempus, v. gr. triennium, tunc, cum illa non sit intrinseca mutuo, potest aliquid exigi. « Haec sententia, inquit s. Alphons., VERE *non videtur carere sua probabilitate;* si enim licite aliquid exigere potest ille, qui obligatur ad mutuandum infra longum tempus, ut docent dd. communius...; cur non potest ille, qui obligatur non repetere suum nisi post diuturnum tempus? » (a)

Tertia sententia parum huic secundae dissimilis, inquit s. Alph., quam tenent Salmanticenses etc.. docet cum prima, esse usuram exigere *pro tempore;* tamen cum sit moraliter impossibile, quod per tantum temporis non adsit periculum damni emergentis vel lucri cessantis, aut saltem *impedimentum exercendi liberalitatem aut decentem aliquam operationem,* idcirco potest ultra sortem recipere et pacisci.

Salmanticenses absque causa hos circuitus adhibent. Quid enim esset exigere *pro tempore?* Exigitur scilicet pro incommodo adnexo carentiae per *spatium temporis*: et hoc aeque intrinsecum est mutuo, ac tempus. Si vero exigi posse dicunt; quia eo tempore occurret *damnum* etc., non faciant duas quaestiones aut sincerius respondeant, distinguendo, prout scil. occurit vel non damnum etc. aut periculum.

Denique illa impedimenta exercendae liberalitatis etc. nonne sunt intrinseca et propria etiam brevioris temporis? Ergo tertia ipsa sententia ut *inanis* excludi potest.

255. Addi potest pro *secunda:* si non possum pro mutuo exigere, ut alter mutuet mihi, quia est *onus pretio aestimabile;* cur non possum ipse

---

(a) Haec sententia ad rationis amussim exacta difficilis *certe* est; plus enim et minus speciem non mutant: si ergo pro diuturno tempore exigere aliquid licet; cur non licebit aliquid cum proportione minus pro minori tempore exigere? Quocirca doctrinae universae de mutuo ea nobis cohaerere sententia videtur, quae negat solo ratione longi temporis exigi fenus posse. Nihilominus quia communiter fieri nequit, ut cum hac diuturnitate privationis suae pecuniae non coniungatur damnum emergens aut lucrum cessans et qui id modo negaret, irrideretur: hinc propterea protracto mutuo ad longum tempus, certa exstat ratio aliquid exigendi praeter sortem. E.

exigere pro eodem onere? Quid differt obligatio non repetendi, ab obligatione mutuandi? alia enim est futura, alia praesens et quidem coniuncta cum exsecutione. Nunquid posterior minus valebit, quam prior? Aut quid differt obligatio mutuandi ab obligatione concedendi dilationem post expletum tempus iam pactum, aut post aliquod tempus, si hoc non erat statutum? Non inaniter ergo s. Alph. pervidit, rationem dubitandi adesse.

Attamen ratio primae sententiae gravissima est. Quid ex his concludatur? Videlicet aliquod elementum adhuc in hac controversia subesse, quod forte minus animadversum est. Sed de hoc infra.

256. Interim illud noto, accuratius illos DD. egisse, qui hanc quaestionem in plures distinxerunt. 1ª Num dans mutuum per biennium, possit aliquid exigere non ratione mutui, sed ratione *privationis per hoc tempus*. De affirmativa sententia concludit Diana tom. 6. tr. 3. res. 44.: utrum haec opinio sit probabilis, aliis iudicandum relinquo: mihi enim non placet ». Quod idem repetit in resol. 45., ubi tamen praxim fori Lugdunensis allegat et rationes, quae ostendunt, privationem pecuniae esse aliquid *pretio aestimabile*, si ad id quis se obligat. In resol. 46. dicit Diana, se negativam sententiam tenere. 2ª An possim accipere pro eo, quod me obligem ad mutuum dandum anno sequenti. 3ª An iterum, pro eo, quod expleto tempore mutui concessi, me obligem ad contractum renovandum.

257. Et hae duae quaestiones ostendunt, quomodo via aperiatur exigendis lucris. Nam si pretio aestimabilis est obligatio mutuandi post aliquod tempus, certe erit idem dicendum de obligatione aut protrahendi tempus primo definitum, aut renovandi ad tantundem temporis. Ergo si mutuum des gratis per primum mensem, exigere poteris pro obligatione non repetendi mensibus sequentibus etc. Quae ostendunt, theoriis istis inesse quidpiam minus cohaerens ac rationibus firmis consonum.

Sed satis de his, de quorum radice infra.

258. Cum s. Alphonsus dixerit, doctrinam affirmativam non carere sua probabilitate, sibi obiicit prop. 42. damnatam ab Alexandro VII., quae ita habet: « Licitum est mutuanti aliquid ultra sortem exigere, si se obliget ad non repetendam sortem usque ad certum tempus ».

Reponit autem n. 760.: « Sed respondetur: dicta propositio merito fuit damnata; quia per illa verba generalia comprehendebatur cuiuscumque temporis exspectatio, etiam ea quae est mutuo intrinseca: non autem ibi prohibetur aliquid exigi pro obligatione exspectandi per tempus extraordinarium, quae obligatio est mutuo extrinseca. Et hic obiter notandum, nonnullos induci ad reprobandas cunctas opiniones, quae aliquam similitudinem habent cum propositionibus damnatis, inepte putantes, eas ita generaliter proscribi, ut nullam patiantur exceptionem vel iustam inter-

pretationem. Quod revera est contra naturam propositionum damnatarum. Iuxta enim omnium dd. consensum non sunt clausis oculis reiiciendae omnes opiniones, nisi expresse aut virtualiter in proscriptis contineantur. Ceterum regulariter loquendo propositiones damnatae intelligendae sunt uti iacent et in sensu rigoroso atque ab auctoribus illarum intento. Praeterquam quod quaedam opiniones (prout dici potest esse hanc, de qua loquimur) damnatae sunt; quia nimis generaliter loquebantur et ideo non sunt extendendae ad omnes casus particulares, qui propter aliquam momentosam circumstantiam distinguuntur ».

259. Veruntamen alii possent reponere, in propositione agi de contractu *mutui*, cui intrinseca est obligatio, non repetendi rem creditam per statutum tempus, sicut intrinseca est eiusmodi obligatio contractui *commodati*. Et cum ratione huius obligationis non liceat quidpiam exigere pro commodato, eo quod est ex sua natura contractus gratuitus, eodem modo non licet in mutuo.

Sicut tamen exinde non efficitur in commodato actum dandi rem suam utendam alteri et non repetendi ad datum tempus non esse aestimabilem pretio; idem dici forte poterit de obligatione non repetendi pecunias. At ex hoc non deducetur, licere quidpiam exigere ratione mutui, sed solum dabit occasionem quaerendi, an necesse sit, pecuniam suam alteri concedere utendam *gratis*: de qua re infra.

260. Interim heic adverte, plures titulos admitti exigendi aliquid ultra sortem, qui tituli cumulari possunt, quin alter alterum excludat. Ergo posses exigere 1° aliquid pro periculo sortis, 2° pro obligatione non repetendi intra aliquod tempus, 3° pro lucro cessante aut etiam damno emergente. Et adverte postremum titulum damni emergentis aut lucri cessantis posse praebere occasionem exigendi quotam haud levem; veruntamen praemonendus esset mutuatarius.

De Auctoritate Principis vel consuetudine legitima.

261. Huc usque de titulis, quos communiter DD. admiserunt.

Alius titulus, de quo nihil plerique DD. dixerunt, est auctoritas principis seu legis civilis: qui tamen titulus non recenter est inventus.

Ea de re Vitus Pichler Iur. Canon. lib. V. tit. 19. n. 8. (a): « Usura lucratoria *minus stricte sumpta* et iure naturali et divino prohibita, probabiliter non est ita absolute prohibita, ut a magistratu humano per statutum (idem est de consuetudine, lege non scripta, quae vim suam habet

---

(a) Doctrinam Pichleri egregie vindicavit Franciscus Zech in Opusc. cui titulus: *Rigor moderatus doctrinae Pontificiae circa usuras* dissert. an. 1749. et Anonym. apud eum, in eadem dissert. a n. 182. pag. 89.

a consensu legislatoris humani et a causa, ex qua redditur rationabilis) in quibusdam circumstantiis et ex causa publica permitti non possit tanquam (a) licita; modo sit moderata et aliunde non repugnet caritati erga proximum a iure naturali ac divino praeceptae. Imo in Imperio Romano (Germanico) exsistit huiusmodi Statutum et Consuetudo permittens usuras quincunces seu 5. pro 100. ex mutuo, quin probari debeat ullus alius titulus damni emergentis, lucri cessantis, periculi amittendae sortis etc. ».

Putat tamen Pichler, non omnino sic destrui communem doctrinam de usura, quae exigi non debet vi mutui.

Rem sic ipse explicat ibid.: « dixi notanter, *minus stricte sumpta,* eo quod tale auctarium, a statuto vel consuetudine permissum, non tam ex mutuo quam occasione mutui ex dispositione iuris videatur recipi posse; fere sicut usura compensatoria, quae accipitur ratione damni emergentis vel lucri cessantis, non est proprie et in stricto rigore usura; eo quod non immediate ex mutuo, sed ex alio titulo iusto, qualem et statutum vel consuetudinem esse censeo, auctarium petatur ».

262. Neque existimandum, has doctrinas nunc primum prodisse. Emmanuel Sa in *Aphorismis pro Confessariis* ad V. *Contractus* n. 4. iam illud principium statuerat: « Contractus, qui communiter fit et est reipublicae utilis, condemnari non debet, nisi aperte constet esse illicitum, cum praesertim *Respublica ex potestate, quam habet in bona communia, credenda sit supplere, si quid alioqui tali contractui desit* ». Docuit autem Emmanuel Sa in hoc Collegio Sacras Litteras iam inde a tempore Pauli IV. (1555.-1559.).

Ineunte sequenti seculo Adamus Tanner (1623.-1676.) S. I. in Ingolstadiensi Academia Theol. Professor ita de hac re tom. 3. *de Iust.* disp. 4. q. 7. dub. 4. n. 79.: « Ex decreto quoque rationabili superioris potestatis seu consuetudinis aequivalentis (non vi mutui praecise) fieri nonnunquam potest, ut aliquid in mutuo ultra sortem licite accipiatur; *cum translatio dominiorum potestati superiori ipsius etiam Reipublicae ex iusta causa subsit,* ut suo loco dictum est » (b).

(a) Debacchatur heic Concina, quasi homo possit reddere licitum, quod ex iure naturali est intrinsece malum et divino etiam iure positivo prohibitum. At etiam retentio rei alienae est intrinsece mala et iuri divino positivo interdicitur: tamen lex humana permittit, lex scilicet *praescriptionis:* ita et absolvit filiumfamilias a reddendo mutuum, ad quod lege naturali obligatur.

Argumenta Conciniana refutavit Zech in dissert., quae addita est Operi Pichler in Editione an. 1758., quae et nomen Zachariae praefert ceu Editoris. Zacharias solum notas nonnullas addidit huic dissertationi Zechii.

(b) Tanneri sententiam refert nec reprobat Croix lib. 3. p. 2. n. 877.; imo addit, huic explicationi *(dominii scil. translati vi alti dominii principum)* favere Besoldum, cuius allegationem vid. ibid.

Dein allegat Io. Maior in 4. dist. 15. q. 29., Gabriel q. 11. art. 1., Antoninum part. 2. tit. 1. c. 67. §. 2., etc.

Imo Covarruvias (1512-1577.) tom. 2. *Variar. Resolut.* lib. 2. cap. 1. n. 3. refert sententiam eorum, qui « hanc partem (sc. quod solvantur decem pro 100.) probant etiam non considerato nec vere contingenti lucri cessantis aut damni emergentis interesse; sed tantum advertunt, posse a lege taxari legitimum ac legale interesse... Ego vero (inquit Covarruvias) hanc Baldi sententiam intelligendam esse opinor, ubi attento communi provinciae usu, quantitas ab statuto taxata, esset verosimile lucri cessantis interesse, propter facilem et frequentissimam annuorum redituum redimibilium emptionem ».

263. Ita et Christophorus Haunoldus (1609-1688.) *de Iust. et Iur.* tom. 3. tract. 9. cap. 3. §. 8. n. 421.: « Usus receptissimus habet, ut absque ullo scrupulo exigantur in singulos annos quinque v. gr. pro centum, absque eo quod alius titulus allegetur aut in iudicio probandus sit: ac proinde videntur creditores exigere quinque non recurrendo ad alios titulos, sed quia contractus ita solet communiter fieri et a Republica non improbatur; eo quod talis contractus sit utilis Reipublicae, cuius membra malunt talem contractum sustineri quam improbari: quandoquidem utilissimum est, posse in casibus necessitatis habere mutuum etiam cum onere solvendi 5. pro 100., secluso omni alio titulo et propter hanc utilitatem *potest Respublica ob dominium altum validare tale pactum* ».

Et Ludovicus Babenstuber (1660.-1726.) Benedictinus in suo cursu Theologico-Morali (allegatus apud Maffei *dell'Impiego del danaro* l. 3. pag. 270.): « Adverte titulis aliquid accipiendi ultra sortem merito accensendum communem usum et consuetudinem provinciarum, secundum quam quinque pro centum accipiuntur a creditoribus. Ratio est, *quia Respublica propter communem utilitatem ex dominio alto eiusmodi pacta reddit valida;* cum videamus ipsam quoque exercere tales contractus, idque etiam in bonum subditorum ex recepto usu consentientium. Atque hoc titulo, secluso quovis alio, posse a labe usurae praestari immunem emptionem censualem, docent iidem auctores et alii ».

264. Et reipsa Laymann lib. 3. tract. 4. cap. 18. n. 12., ut evincat licitum esse censum personalem, sic arguit: contractus, qui in aliqua regione celebrari solitus est praesertim a viris doctis et honestis, licet dubii et obscuri iuris sit atque usurae speciem quandam praeseferre videatur, non tamen ideo iniustus et usurarius censeri debet, sicut docet Bartolus, Tiraquellus, Navarrus, Binsfeldius etc.

265. Denique, ut alios nunc omittamus, Marcus Struggl ex Ordine Servorum B. M. V. tract. 6. q. 4. art. 6. n. 55.: « Publica consuetudo provinciarum potest esse titulus sufficiens in mutuo exigendi interesse

consuetum, etiamsi non detur alius titulus specialis et certus ». Et hanc tertio loco rationem subdit: « *Quia principes et magistratus propter occultos titulos et maius bonum commune, statuunt certum interesse: atqui ex alto iure possunt huius dominium transferre in mutuantem, sicut per praescriptionem in praescribentem.* Ergo. Licet igitur Principes non possint valide approbare usuras, utpote iuri naturali ac divino repugnantes; possunt tamen propter bonum commune statuere in mutuo certum interesse in aequitate naturali fundatum ».

266. Et hanc quidem *consuetudinem* fatebantur et illi scriptores, qui ea principia non admittebant.

Ita v. gr. Schmalzgrueber *Ius Eccl. Univ.* Ad. lib. V. tit. 19. n. 145.: « Lex et consuetudo Imperii (vigesimae accipiendae) fundatur in praesumptione iusti tituli: atqui lex, in praesumptione fundata, locum in foro conscientiae non habet, quando non se habet ita res, prout praesumitur; quia in hoc foro praesumptio cedit veritati. Ergo in foro interno non valet ».

267. Sibi tamen n. 146. obiicit: « An ergo omnes illi, qui pro 100. mutuo datis exigunt 5. annuos et allegare non possunt titulum..., usurarii sint et in statu peccati mortalis exsistant? Affirmare hoc ex eo videtur difficile, quia alias innumeri in Germania et Romano Imperio etiam praeclari, docti et Deum timentes viri non tantum seculares sed etiam ecclesiastici condemnari deberent usurariae iniquitatis, cum constet, plurimos passim sine scrupulo exigere et accipere 5. annuos pro 100., etiamsi nec periculum sortis adsit, quippe ista per sufficientem hypothecam, pignus aut fideiussionem assecurata, nec damnum emergens aut lucrum cessans patiantur, cum dederint pecuniam, quae futura erat apud ipsos otiosa ».

Et respondet ibid. n. 147., licet desit alius titulus, iustificari tamen posse eam exactionem, « si dicitur quod in hoc casu non celebratur mutuum, sed vel *contractus societatis*... vel *contractus venditionis et emptionis*, quo ematur census annuus » (scil. personalis, et redemibilis): indoctos autem excusari, quatenus habent intentionem generalem celebrandi contractum, quem licite possunt.

268. Neque aliter solvit controversiam hanc Reiffenstuel lib. V. tit. 19. §. 3. Nam negat, statuta Principum valere, nisi pro foro externo, si desit reipsa alius iustus titulus, quem inquit praesumi a statuto n. 44-61.

At sibi obiicit, damnandos ergo innumeros in Germania ac Romano Imperio etiam praeclaros, doctos ac Deum timentes viros, non tantum seculares, sed etiam ecclesiasticos eosque versari in continuo statu peccati mortalis, quippe qui sine ullius tituli allegatione etc. recipiunt 5. pro 100. etc.

Respondet n. 62.: « Haec obiectio sane non raro satis anxium et dubium me reddidit; cum enim ex una parte communissimam Doctorum sententiam solidaque rationis et iuris fundamenta praxi germanicae contraria considerarem; ex altera vero parte id, quod obiectio proponit, perpenderem, timui profecto ac etiamnum timeo super hac categorice respondere, indeque quantum potui, quaestionem hanc declinavi ».

« Nihilominus (ibid. §. 63.) ad obiectionem responderi potest, negando sequelam (esse eos scilicet in statu peccati); tum quia multi ex allegatis viris *mutuum* dantibus habent iustum titulum lucri cessantis, vel damni emergentis, aut periculi sortis etc.; tum quia multi praesertim doctores loco veri *mutui* habere possunt et habent revera intentionem emendi censum etiam ex utraque parte redimibilem etc. ».

Demum concludit, quod sive multi sive pauci sint, si sint qui careant omni titulo in dando *mutuo* et absit bona fides, eos ex communissima sententia doctorum in statu peccati versari etc.

269. Veruntamen doctrinam de potestate principum, quae transferendo dominium a labe usurae purget perceptionem emolumenti ex pecunia ad usum tradita, plures alii sive cum agunt de *censu*, ut aiebant, *germanico*, sive de *montibus pietatis*, sine ambage tradiderunt.

Ita Zacharias Pasqualigus e Clericis Reg. Theatinis *Decis. Moral.* 183., 184. etc. (quanquam hic alia via incedit).

Paulus Mezger Benedictinus *Theol. Scholast.* Salisburgens. tom. 3. tract. 13. disp. 43. art. 2. n. 11.

Placidus Böckhn *Comment. ad Ius Canon.* lib. 5. tit. 19. n. 10. seqq.

Felix Potestas *Exam. Ecclesiast.* tom. I. n. 2414.

Dominicus Viva *Curs. Theol. Moral.* part. 4. *de Contract.* l. 3. artic. 4. n. 13., et rursus in opusculo quarto, quod est *de Usuris*, quaest. 3. artic. 1. n. 4.

Franciscus Pellizzarius *Manuale Regularium* tract. 6. cap. 8. n. 78.

Christophorus Rassler in oper. cui titulus: *Vindiciae Gobatianae*, part. 2. propos. 18. n. 25. pag. 271.

Praeterea haec addit Franciscus Zech Opus. 2. sup. cit. cap. I. sect. X. n. 10. pag. 74.: « P. Iacobus Ledesma in Congregatione super censu Germanico an. 1573. Romae habita, vehementer contendit, licere accipere 5. pro 100. ex consuetudine per legem approbata, saltem si accedat miserabilitas personae, quae alia negotiatione lucrum ex sua pecunia quaerere non potest. Diciturque Ledesma de hac re composuisse integrum librum. Additur, alios quidem contradixisse; consensisse tamen in hoc, quod liceret tam confessario quam poenitenti sequi opinionem illam. Paucis post mensibus eodem anno Paulus Hoffaeus, notum Bavariae nomen, ex Collegio Monacensi, datorum in illa Congregatione responsorum

declarationem petit a Francisco Toleto, qui eidem coetui praeerat. Prima Hoffaei quaestio his verbis concipitur: *Nonne P. I. Ledesma tenuit, si consuetudo vel lex coincidat cum miserabilitate personae, posse tunc accipi 5. pro 100.? Et nunquid V. R. dixit, si quis idem sentire volet cum eodem P. Ledesma, licere?* Ad hanc quaestionem Toletus his verbis respondet: *Ita dixit P. Ledesma, quando consuetudo est probata, nempe quando magistratus sciunt et consentiunt. Et ego dixi tunc et dico iterum: tanti enim facio P. Ledesma, ut si quis mihi diceret, se sentire velle cum P. Ledesma in hac parte, ego non contradicerem* ». Ita Zech ex litteris originalibus, quas penes se retinuisse ibi testatur.

270. Ceterum Pichler hoc in rem suam argumento utebatur lib. 5. tit. 19. n. 9.: « Penes rempublicam datur dominium altum rerum et bonorum ad privatos pertinentium, ita ut ex causa publicum bonum concernente de iis, citra ullius iniuriam, possit disponere Magistratus, prout bono communi utile vel necessarium est: ergo si adest publica causa idque bono communi utile vel necessarium iudicatur, etiam potest disponere, ut ex mutuo datis rebus lucrum aliquod moderatum obveniat mutuanti eique fructificent res non amplius suae, sicut per usum eorum, quem alteri sponte concessit, fructificant mutuatario ». Huc autem revocat, quae dicuntur de potestate Legum transferentium dominium per praescriptionem, cui alia exempla addi possunt, v. gr. de Senatus-Consulto Macedoniano, vi cuius filiusfamilias licite potest non reddere mutuum, adeo ut obligatio naturalis tollatur.

271. Publicam autem affuisse utilitatem aut etiam necessitatem et universim hoc statutum ad bonum commune conducere, quintuplici ex capite Pichler ostendit.

1° *Ad lites vitandas:* quae quidem causa sufficiens videri potuit ad praescriptionis legem decernendam uti iustam. Vitantur autem lites; quia si titulus aliquis specialis requiritur aut lucri cessantis aut emergentis damni aut periculi sortis etc., mutuator probare id deberet et mutuatarius negaret passim adesse, ne solveret.

2° *Ad facilitatem obtinendi mutuum.* Haec enim bono communi et reipublicae membris utilis sane est, uti patet: aliunde vero aegre homines, si absit omnis spes utilitatis, ad mutuandum adducuntur; cum id graves molestias ut plurimum secum afferat ac propterea cum gravi communitatis detrimento pecuniae otiosae servarentur. Ergo utilis est illa lex, quae hanc facilitatem apta est procurare.

Spectatis nostrorum temporum adiunctis, commercium minus certe floreret aut etiam penitus interiret langueretque industria, nisi opem aliena pecunia afferret. Nam omnes suam pecuniam mallent otiosam apud se servare, quam sine lucro et cum magnis saepe molestiis credere aliis

et aliunde extra casum, qui raro adest necessitatis, nulla lege ad mutuandum obligarentur. Nec valet ratio deducta ex aliis aetatibus. Nunc enim ob mutationem rerum et industriae, totum fere commercium a pecuniae copia pendet, quae plerumque absque mutuo non circuit. Et si qua natio in hoc deses sit, respublica magnum patietur detrimentum, quia a vicinis vorabitur.

3° *Ad subsidium locorum piorum, viduarum, pupillorum* et generatim eorum, qui aliquam pecuniae vim habentes, non sunt tamen idonei ad negotiandum: nam his prospicitur, si pecunias suas aliis, qui negotiando lucrum percipiunt, assignare cum aliqua utilitate possint. Interest autem reipublicae, ut hoc medium pro hoc genere hominum in promptu sit.

4° *Ad tranquillitatem conscientiarum.* Nam ubi certus requiritur titulus et utilitas percipienda commensurari debet gradibus huius tituli, profecto infinitam dubiorum seriem hinc exsurgere posse ille solum negabit, qui longissime absit ab humanis negotiis.

5° *Accedit praesumptio generalis* iusti alicuius tituli: quae praesumptio ex duplici capite oritur, videlicet 1° generatim et regulariter et ordinarie non deesse aliqualem ex titulis ex parte mutuantis, vi cuius accipere quidpiam ultra sortem possit: 2° ex parte mutuatarii, habentis ex accepto mutuo opportunitatem lucrifaciendi, adeo ut etiam in pecunia quasi ususfructus constitui valeat et locus sit existimandi fore contractum census personalis aut cuiusdam societatis. Porro nemo dubitat, rectam esse bonamque et iustam legem, quae in praesumptione generali seu in communiter contingentibus fundatur, utut in aliquo casu deficiat, qui tamen casus non ideo excipiendus in praxi a norma communi est.

272. Ceterum iam superius n. 261. advertimus, istam qualemcumque praestationem lucri non vi mutui fieri, sed potius occasione mutui, hanc utilitatem mutuanti decernente ipsa lege. Hinc v. gr. Pelizzarius, *Manuale Regular.* tract. 6. cap. 8. n. 78. veluti praemium seu recompensationem a principe constitutum habet. Ita ille loquens de lucro, quod ob pecunias in montibus pietatis depositas percipitur: « Cum ex una parte lucrum, quod supra sortem acquirunt, qui pecunias suas deponunt super monte, non possit iustificari ullo ex titulis superius relatis...; ex alia vero parte non debeat absolute condemnari, cum non modo toleretur, sed positive approbatum fuerit, etiam a Summis Pontificibus..., non occurrit commodior ratio illud iustificandi universaliter, quam si dicatur lucrum illud esse *veluti quoddam praemium seu remunerationem constitutam a Principe, vel Communitate, aut Consuetudine ad alliciendos tanto magis deponentes,* sicque subveniendum indigentium necessitatibus, eos eximendo ab intolerandis hebraeorum usuris ».

Ita et Felix Potestas *Exam. Confess.* tom. 1. n. 2414. rationes recensens, cur deponentes pecuniam in montibus, possint recipere 105. pro 100., tertiam hanc ponit: « Tertia est ratio supremi dominii, qua Princeps super mutuatariorum bonis *certam pensionem in remunerationem assignat*, pecuniam apud montem ad mutuandum deponentibus, *utpote benemeritis de Communitate* et inde de Principe... ».

Dominicus autem Viva vocat liberalem donationem. Ita opusc. 4. Quaest. 3. artic. 1. n. 11. de montibus pietatis, quos mixtos vocat, loquens: « Tertio si dicamus cum Pellizzario..., posse Summum Pontificem, tanquam supremum Principem nec non Rempublicam, quando ita expedit in bonum Communitatis, bona unius alteri concedere idque in his montibus fieri, dum dantur quatuor pro singulis centenariis. Nam ut *homines* alliciantur ad pecuniam ibi deponendam, qua uberius mutuum datur indigentibus, debuerunt allici *donatione ista liberali* ».

273. Eadem reperire est apud s. Antoninum part. 2. tit. 1. cap. 11., ubi eadem quaerit de Monte Florentiae, Venetiarum et Ianuae. Quousque enim restitueretur capitale depositum, quinque annuatim dabantur pro centenario. Tum addit: « Ad omnem dubitationem tollendam et exonerationem conscientiae cuiuscumque... statuit, quod quidquid provisum est... dari debere talibus mutuantibus..., *pro dono*, damnis et interesse... intelligatur dari... et peti ac recipi possit pro spontaneo mero libero dono... et nihilominus etiam pro damnis et interesse et *pro aliquali remuneratione, et ut benefacientibus bene fiat*... unusquisque recipiat etc. ».

274. Affert deinde in hanc rem doctrinam Laurentii de Ridolphis in tractatu *de Usuris*: quae est eiusmodi: « Praeterea interest Reipublicae erga suos cives taliter se habere, quod non deducantur in pauperiem, ut cum alias opus fuerit, sibi valeant subvenire. Si ergo in damni restaurationem vel *ex liberalitate, ut alliciantur ad bene se habendum erga Rempublicam, aliquid gratis donat* et sic indubie Reipublicae utilitas procuratur, quare illud improbandum? »

Affert deinde in eamdem rem et hanc Gregorii Ariminensis sententiam ibid. §. 2.: « Si tamen secundum rei veritatem *propter remunerandam benevolentiam Communitas* illud (lucrum) *daret*, laudabiliter illud ageret et licite etiam, quibus daretur, reciperent, *sicut licite amicus recipit ab amico beneficium;* non enim propter mutuum et gratiam factam Communitati, debet fieri peioris conditionis ».

275. Ceterum de hac re notissima sunt responsa, quae reddita sunt sive a Congregatione s. Officii, sive a s. Poenitentiaria.

Et quidem quoad titulum *legis civilis* facit responsum Sanctae Sedis ex congregatione s. Officii 3. Iul. 1822.

Item responsum s. Poenitentiariae, 16. septembr. 1830.

Item responsa ad dubia Episcopi Veronensis, quae reddita sunt die 14. Augusti 1831.

Item responsum ad Collegiatam Locarni, ubi facultas exigendi auctarium fit locis piis, viduis, pupillis etc.

276. Huc spectat et responsum ad Ioann. Antonium Avvaro, ubi in petitione obiiciuntur oppositae doctrinae ex Operibus Benedicti XIV., qui titulum legis civilis velut ab haereticis prolatum indicat eorumque proprium.

Denique Resp. ad Episcopum Nicaeensem, ubi decernitur, non imponendam restitutionem, licet *dubia* vel *mala* fide Auctarium perceperint (a).

(a) Subiicimus praecipua decreta ss. Congg. Iam mentio facta est responsi C. de P. F. 12 Sept. 1645. dati pro Missionibus Sinensibus quod est huiusmodi.

In praefato regno sancitum est, ut in mutuo 30. pro 100. accipiantur, absque respectu lucri cessantis aut damni emergentis. Quaeritur, utrum Chinensibus sit licitum pro pecuniarum suarum mutuo, licet non interveniat lucrum cessans aut damnum emergens, praedictam, pro centum, triginta quantitatem, regni lege taxatam, accipere. Et causa dubitandi est, quia in recuperanda pecunia est aliquod periculum, scilicet quod qui accipit mutuatum fugiat vel quod tardet in solvendo vel quod necessarium sit coram iudice repetere vel propter alia huiusmodi.

Eminentissimi Patres censuerunt ratione mutui immediate et praecise nihil esse accipiendum ultra sortem principalem: si vero aliquid accipiant ratione periculi probabiliter imminentis prout in casu, non esse inquietandos, dummodo habeatur ratio qualitatis periculi et probabilitatis eiusdem ac servata proportione inter periculum et id quod accipitur.

Eadem Congregatione supplicante, sanctiss. D. N. ad conservandam uniformitatem in praedicatione eiusque praxi, omnibus et singulis Missionariis cuiuscumque ordinis, religionis et instituti etiam Societatis Iesu in regnis Sinarum aut Chinae pro tempore exsistentibus vel exstituris, sub poena excommunicationis latae sententiae Sanctitati suae et s. Sedi Apostolicae specialiter reservatae, districte praecipiendo mandavit, quatenus praedicta et resolutiones diligenter observent illisque in praxi utantur ac ab illis, ad quos pertinet, observari et practicari faciant, donec Sanctitas sua vel S. Sedes Apostolica aliud ordinaverit.

Hoc decretum instauravit S. C. I. 18. martii 1784.

Die 3. Iulii 1822. Ad preces cuiusdam innominatae mulieris lugdunensis, Em.° Cardinali Galeffi trasmissas, quibus, descripto generali rerum statu, post notos publicos eventus et leges a civili auctoritate latas, in Galliis obtinente, exponebat, se sua capitalia quibusdam tradidisse, ut fructus ex illis iuxta taxam a lege civili praescriptam perciperet, suum autem directorem ipsi absolutionem denegare, nisi proventus inde receptos restitueret aut obligationes erga eos, qui solverent, emitteret: quaerebat ergo :

1° An ad restitutionem perceptorum fructuum esset obligata.

2° An dumtaxat postquam eius bona fides desierat.

3° Quandonam cessatio bonae fidei locum haberet.

4° An sufficeret de ea audivisse, etiamsi loquentis opinio non fuisset adoptata.

Eminentissimi (Congr. s. Officii) decreverunt.

Oratrici pro nunc dicatur, quod responsa ad propositos casus ipsi opportuno tempore dabuntur. Interim vero, licet non peracta ulla illarum restitutionum, de quarum obligatione s. Sedem consuluit, a proprio confessario absolvi sacramentaliter posse, dummodo vere parata sit stare mandatis.

25. Maii. 1830. quidam Lugdunensis Professor nomine Denavit, Poenitentiariam

277. Maxime notandae sunt responsiones ad dubia quae proposita sunt ab Episcopo Veronensi, ubi lucrum permittitur praecisione facta a titulo legis civilis: cuius rei rationem dare conabimur in seqq.

---

consuluit, qui censebat in Encyclica *Vix pervenit* clare contineri condemnationem doctrinae, quae permittit perceptionem auctarii in mutuo et idcirco « negabat absolutionem iis presbyteris, qui contendebant legem principis esse titulum sufficientem percipiendi aliquid ultra sortem, absque titulo vel lucri cessantis vel damni emergentis; quia inquiebant, « lex principis transfert dominium auctarii, sicut transfert dominium in praescriptione ». Quaerebat ergo 1° utrum possit in conscientia denegare absolutionem presbyteris praefatis: 2° utrum debeat.

Sacra Poenitentiaria, diligenter ac mature perpensis dubiis propositis, respondendum censuit 16. Sept. 1830.

« Presbyteros, de quibus agitur, non esse inquietandos, quousque s. Sedes definitivam decisionem emiserit, cui parati sint se subiicere adeoque nihil obstare eorum absolutioni in Sacram. Poenitentiae ».

Haec duo postrema responsa communicata sunt a Sacra Poenitentiaria Episcopo Veronensi, qui dubia proposuerat in hac materia, 14. Aug. 1831., in dubiorum parte 1ª et 4ª.

18. Aug. 1830. responsum est Episcopo Rhedonensi, qui exposuerat Congr. s. Officii dissensionem esse inter Confessarios suae dioecesis quoad absolutionem impertiendam eis, « qui lucrum percipiunt ex pecunia negotiatoribus mutuo data, ut ea ditescant »: nonnullos vero aiebat esse confessarios, qui hanc viam tenerent.

Si quis ipsos consulat de istiusmodi lucro, illum ab eo deterrere conantur. Si poenitens perseveret in consilio pecuniam mutuo dandi negotiatoribus et obiiciat, sententiam tali mutuo faventem multos habere patronos et insuper non fuisse damnatam a s. Sede non semel ea de re consulta; tunc isti confessarii exigunt, ut poenitens promittat se filiali obedientia obtemperaturum iudicio summi Pontificis, si intercedat, qualecumque sit nec, hac promissione obtenta, absolutionem denegant, quamvis probabiliorem opinionem contrariam tali mutuo etc. Quaerebat ergo Episcopus: 1° Utrum possit horum posteriorum confessariorum agendi rationem probare.

2° etc.

SS. D. N. Pius VIII. in solita audientia R. P. D. Assessori s. Officii impertita 18. Aug. 1830., audita relatione superiorum dubiorum una cum voto Emm. Cardinalium Inquisitorum generalium, respondit: Ad 1m *non esse inquietandos.*

31. Aug. 1831. responsum datum est Episcopo Vivariensi. Hic adverterat « in exposito Episcopi Rhedonensis nullam fieri mentionem tituli *legis principis* », cuius mentio occurrebat in aliis quaestionibus propositis, quibus Romanae Congregationes responderant. Quaerebat ergo:

1° An praefatum iudicium ss. Pontificis (Pii VIII. in resp. ad Episc. Rhed.) intelligendum sit ut verba ipsius sonant et separatim a titulo legis principis, de quo eminentissimi Cardinales loquuntur in his responsis, ita ut unice agatur de mutuo negotiatoribus facto.

2° An titulus ex lege principis, de quo Emm. Cardd. sic intelligendus sit, ut sufficiat, legem principis declarare, licitum esse cuicumque convenire de lucro ex solo mutuo facto, sicut fit in codice civili Francorum, quin dicat se concedere ius tale lucrum percipiendi.

In Congregationi generali s. Offici etc. die 31. Aug. 1831. dixerunt: Provisum in decretis 18. Aug. 1830. atque dentur decreta. Ea sunt responsa data Episcopo Rhedonensi.

Eadem die ss. Dominus N. Gregorius d. p. Papa XVI. in audientia R. P. D. Assessori s. Officii impertita, resolutionem ab Emm. captam approbavit.

13. Maii 1831. Capitulum Locarni dubia proposuit Congr. s. Officii hoc pacto.

Dubium primum ita se habebat: « An possit eorum confessariorum agendi ratio probari, qui dum tenent uti probabiliorem opinionem contrariam lucro ex pecunia negotiatoribus mutuo data, poenitentes, eo modo

---

Il capitolo di questa collegiata di Locarno, diocesi di Como, territorio svizzero, ha la maggior parte delle proprie prebende in danaro, ricavato principalmente dall'estinzione delle decime avvenuta per decreto governativo: il qual denaro egli impiegar deve, per viverne de'frutti ed adempire i pesi annessi ai benefizi.

Per le circostanze de'tempi e dei luoghi, o non si trova affatto come investire il danaro suddetto in stabili fruttiferi, i quali scarseggiano assai in proporzione della popolazione o per la carezza de'detti stabili non frutterebbe, che il due e mezzo per cento annualmente, il che peggiorerebbe eccessivamente le prebende già per sè stesse meschine.

I censi si vogliono proibiti da queste leggi municipali e sono mal sicuri, non esistendo in queste parti l'officio delle ipoteche, che accerti la libertà e sufficienza dei fondi, sui quali voglionsi stabilire. Inoltre quegli stessi, che, per fare i loro interessi, ci chieggono il danaro, ricusano ordinariamente di sottoporsi a censi e amano meglio di riceverlo a prestanza col contribuire il quattro o il cinque per cento annualmente. Ciò premesso, si domanda.

1° Se la necessaria onesta sostentazione dei beneficiati, che dee provenire dal frutto dei capitali di tali prebende, è dessa un sufficiente titolo equivalente agli altri già approvati dalla Chiesa, per cui sia lecito un tale contratto di dare il danaro dotale di dette prebende a interesse del quattro o cinque per cento, dietro ipoteca di beni stabili, affine di assicurare la perpetuità della prebende.

2° Se questo titolo, supposto ammissibile, si possa estendere a favore anche delle chiese, monasteri e altri luoghi pii, come anche de'pupilli o di altre persone, che si trovano nelle circostanze medesime di sopra descritte ed hanno bisogno di far fruttare il proprio danaro, per sostenersi onestamente.

3° Se le leggi e procedure civili, che ormai approvano generalmente tali contratti e li fanno eseguire, non che il comune tacito consenso de'popoli, che per l'uso invalso de'secoli sembra li abbiano per maggior comodo e facilità sostituiti ad altri contratti più complicati e difficili, bastino a giustificarli.

4° Se sia attendibile l'autorità del nostro Ordinario e di molti savi e dabbene ecclesiastici, che, avute di mira le circostanze suddette, opinano favorevolmente e simili contratti approvano.

5° Qual considerazione meritino in proposito le ragioni, che adduce Scipione Maffei ne'suoi tre libri *dell'Impiego del denaro*, dedicati a Benedetto XIV. ed approvati dall'Inquisitor di Padova l'anno 1744.

6° Se la Bolla *de Usuris* emanata dalla felice memoria di Benedetto XIV. l'anno 1745, probabilmente in sequela dell'opera del Maffei al n. 3. e all'articolo *de contractu autem* e seg. si possa interpretare favorevolmente a tali contratti.

7° Supposti illeciti tali contratti, che si ha a risolvere intorno a quelli già fatti ed ai frutti già percepiti.

8° Se tali contratti si possano render leciti almeno coll'assumere il pericolo fortuito del fondo assegnato in pegno a carico della prebenda, colle dovute proposizioni, come ne'censi.

Respondit sacra Congr. Officii 31. Aug. 1831. Ad 1m 2m 3m 4m non esse inquietandos et acquiescant, dummodo parati sint stare mandatis s. Sedis.

Ad 5m 6m 7m 8m consulant encyclicam Benedicti XIV. *Vix pervenit* et probatos auctores.

Porro 7. Sept. 1831. ss. D. N. Gregorius XVI. in solita audientia R. P. D. Assessori s. Officii impertita. Emm. resolutiones approbavit.

Die 22. Ian. 1832. Ioannes Antonius Avvaro regius Professor retulit ad sacram Poe-

lucrum percipientes ut ditescant, absolvunt; quando nempe isti, obiicientes sententiam lucro faventem non fuisse damnatam a Sancta Sede, promittunt tamen obedire iudicio Summi Pontificis, si intercedat et similiter

---

nitentiariam primo « regiam legem pedemontanam universim et sine ulla restrictione permittere, ut quisquis alteri cuicumque pecuniam mutuat, stipulari et exigere possit annuum auctarium 5. pro 100. supra sortem ». Tum narratis dissensionibus theologorum, qui omnes gloriabantur se niti auctoritate Benedicti XIV. monet, eos, qui auctarium omnino usurarium et illicitum putabant, provocare solitos ad opus eiusdem Pontificis *Syn. dioec.* l. 10. c. 4. n. 2° et 3° qui ab haereticis repetit hanc doctrinam, quod, quum agitur de mutuo, quo pecunia aliave res datur ad negotiationem, a fenoris labe excusatur lucrum, quod ex mutuo percipitur, dummode sit moderatum modumque servet a patriae legibus definitum. Atqui, aiebant, ex hac Pontificis manifesta sententia interpretari oportet eiusdem encyclicam: aliis contra pugnantibus. Quaesitum est ergo:

1° An auctarium, de quo agitur, licitum sit. Et quatenus haec quaestio ex doctrina Benedicti XIV. aliisque Sedis Apostolicae iudiciis directe resolvi nequeat:

2° An poenitentes, qui auctarium illud sive bona sive dubia aut mala fide receperunt, sacramentaliter absolvi possint, nulla facta aut promissa heic et nunc restitutione, dummodo serio promittant se esse paratos ad exsequendum quidquid super hoc negotio Sedes Apostolica determinaverit. Et quatenus affirmative.

3° An iis pariter, qui neque ullum habent titulum lucri cessantis vel damni emergentis vel periculi extraordinarii sortis amittendae neque versantur in casibus, in quibus praeceptum caritatis ergo proximum eos obligat ad mutuandum simplici ac nudo mutuo, liceat pecuniam mutuo dare, stipulato aut convento annuo auctario 5. pro 100. supra sortem, prout lex regia permittit, sub eadem conditione de parendo futuris Sedis Apostolicae super hoc negotio determinationibus.

Sacra Poenitentiaria 11. Febr. 1832. transmittendas censuit resolutiones alias datas ad quaedam dubia circa usuras (eae sunt, quae datae sunt Episcopo Veronensi, quae et ipsae iterationes erant praecedentium).

Damus heic alteram et tertiam partem dubiorum, quorum Episcopus Veronensis a s. Congr. solutionem receperat.

2ª Pars. 1. An confessarius ille possit absolvi, qui, licet Benedicti XIV. et aliorum summorum Pontificum de usura definitiones noverit, docet, ex mutuo divitibus aut negotiatoribus praestito percipi posse praeter sortem lucrum 5. pro 100. etiam ab iis, qui nullum omnino alium, praeter quam legem civilem, titulum habent mutuo extrinsecum.

2° An peccet confessarius, qui dimittit in bona fide poenitentem, qui ex mutuo exigit lucrum lege civili statutum absque extrinseco lucri cessantis aut damni emergentis aut periculi extraordinarii titulo.

Ad 1m Confessarium non esse inquietandum, quousque s. Sedes definitivam decisionem emiserit, cui paratus sit se subiicere etc.

Ad 2m Provisum in praecedenti, dummodo parati sint etc.

3ª Pars. Vir quidam persuasus erat Encyclicam Benedicti XIV. non inhibere lucrum ex collatione pecuniae perceptum iuxta disposita a lege civili. Eius heredes quaerunt.

1° An encyclicam recte acceperit.

2° Etiam supposito quod male acceperit, persuasus tamen recte accepisse, an heredes ab omni reparatione se exemptos existimare valeant.

Ad 1m Acquiescant, dummodo parati sint etc.

Ad 2m Provisum in 1°.

Die 9. Sept. 1837. Episcopus Nicaeensis proposuit sacrae et universali Inquisitioni dubium:

agunt, quando poenitentes, lucrum percipientes in bona fide, de eo non confitentur, licet aliunde noverint, ipsos percipere lucrum ut supra, nulla ea de re facta interrogatione, quando timent, ne poenitentes admoniti restituere aut a tali lucro abstinere recusent ».

An poenitentes, qui moderatum lucrum, solo legis titulo, ex mutuo, *dubia* vel *mala fide* perceperant, absolvi sacramentaliter possint, nullo imposito restitutionis onere, dummodo de patrato ob dubiam vel malam fidem peccato sincere doleant et filiali obedientia parati sint stare mandatis S. S.

Responsum est in Cong. generali 17. Ian. 1838. Affirmative, dummodo parati sint etc.

Labente anno 1871. quaesitum est ex quodam Italiae loco.

1º Se sia lecito oggi eziandio agli Ecclesiastici, di collocare il danaro col frutto moderato, come permetteva la legge precedentemente sotto il legittimo governo del 5. per 100.

2º Se oggi sieno da inquietarsi quei luoghi pii, Monache e monasteri, che ricevono il frutto del loro capitale del 6. per 100.; stantechè oggi si dà e si riceve nell'andamento comune.

S. Cong. s. Officii die 28. Febr. 1872. respondit ad utrumque: Iuxta responsiones alias datas, dummodo etc. non esse inquietandos.

Die 18. Dec. 1872. responsum est litteris Vic. Gener. Arianensis: quae sic se habebant.

In vista del notabile aumento delle attuali imposizioni e del maggior bisogno di rendita per sostenerle, non vi è in questa diocesi di Ariano chi voglia dare danaro a mutuo alla ragione del 5. per 100., come da cotesta s. Sede vien tollerato: da molti si dà all'8. e da altri a norma di quanto rende il Gran Libro e ciò, perchè anche la rendita, che dal mutuo si percepisce, è gravata da ricchezza mobile. Ora per badare alla quiete della coscienza di tanti e per non esporre la gente al pericolo, di non più trovare chi le prestasse danaro, divenuto sì scarso e ricercato ne'tempi attuali, si brama conoscere, se possa tollerarsi tal pratica o nel caso negativo, se almeno possano i confessori permettere ai loro penitenti di esigersi il 5. per 100. netto e lasciare a carico de'reddenti la tassa, di cui il governo ha gravata qualsiasi rendita.

S. C. I. 18. Dic. 1872. respondit: dummodo etc., non esse inquietandos.

18. Aug. 1858. dubio proposito de lege distinguente inter interesse *legale* et *conventionale*, respondit. S. C. « Quoad fructus legales, provisum per decreta alias. Quoad fructus conventionales eorumque titulos, provisum per Encycl. *Vix pervenit.* Quoad quantitatem eorum fructuum conventionalium et fructus de fructibus, rationem habendam esse in singulis casibus, habito respectu ad omnes et singulas circumstantias locorum, personarum et temporum, iuxta regulas a ss. Canonibus et probatis auctoribus traditas. Et dentur decreta 13. Ian. 1780. et 26. Mart. 1840. ».

Porro decretum 13. Ian. 1780. est responsio C. S. Officii ad R. P. D. Vic. Apost. NN. « Cum aequalitas in contractibus, ut iusti sint, requiratur, nihil in mutuo, vi mutui, ut saepe definitum est, accipiendum ultra sortem principalem. Quod si mutuanti *lucrum cessare* vel *damnum emergere* aut *periculum imminere amittendae sortis* vel *assumendi insolitos labores pro illius recuperatione* contingat, horum quidem compensationem repeti posse, duabus tamen conditionibus semper ob oculos positis. Quarum prima est, ut reapse titulus novus aliquis ex istis concurrat, altera, ut nihil amplius, quam vere ille postulat, exigatur. Quamobrem a iustitiae regula deficere et restitutioni obnoxios esse omnes contractus, in quibus aut interesse fingitur, quod compensetur aut plus petitur, quod adaequata compensatio requirit ».

« Imprudenter igitur atque illicite agere manifestoque se iniustitiae discrimini se committere patet, qui ex eo, quod periculum, quod innuimus, plerumque *in tali loco* occurrat, *lucrum semper* atque *idem semper lucrum* requirunt; quasi periculum semper intercedat et, cum adfuerit, eandem semper remunerationem petant. Neque excusari quod minorem, quam quae regni lege permittitur, usuram percipiunt; cum

Responsio s. Poenitentiariae sub die 14. August. 1831 fuit « *Non esse inquietandos* ».

Porro, uti legenti patet, in dubio nulla mentio occurrit tituli *legis civilis*.

278. Id vero multo magis advertendum se offert in Responsionibus, quas Congregatio s. Officii dedit Episcopo Vivariensi die 31. Augusti 1831.

Nam 1° exponit, in postulatione Episcopi Rhedonensis nullam mentionem fieri tituli, quem quidam reperiunt in lege Principis, sed unice sermonem esse de mutuo dato negotiatoribus et de sensu Encyclicae Benedicti XIV. Hinc 2° quosdam inferre, responsum Pii VIII. ad dictum Episcopum distare ab aliis responsis, ubi agebatur de titulo illo etc. Quocirca 3° ex hoc iudicio colligi, sententiam faventem mutuo facto negotiatoribus non fuisse damnatam a Sancta Sede, ea de re non semel consulta. Proinde 4° hos posthabere encyclicam Benedicti XIV. ac doctrinam eiusdem in libr. de Synodo Dioecesana, etc. 4° Alios contra conciliare haud valentes praefatum iudicium cum litteris Benedicti XIV., putare idcirco, iudicium esse intelligendum coniunctim cum aliis responsis, in quibus titulus Legis memoratur etc.

Praeterea 5° advertit Orator, non esse eam legem civilem de hac re, quae velit transferre dominium, prouti supponebant veteres patroni huius tituli; idcirco negare plures, responsionem Roman. Congreg. applicari posse legi Gallicanae, prout est in codice.

Quaerebat ergo Episcopus Vivariensis, 1° An iudicium ss. Pontificis Pii VIII. intelligendum sit separatim a titulo legis Principis:

2° An hic titulus locum habeat, si lex non tribuat ius etc., sed de facto solum sollicita sit etc.

Responsum est autem 31. Augusto 1831., *Provisum his* fuisse in decretis 18. Augusti 1830.

Atqui in decretis 18. August. 1830. ne verbum quidem de titulo legis.

279. Ex responsis itaque ss. Congregationum, 1° non sunt inquietandi poenitentes, qui taxam legalem ex pecunia mutuata recipiunt.

---

non ideo rectum sit aliquid, quod a iustitia minus deflectit, nisi ad recti formam prorsus componatur neque humana sed divina lege ac lege naturali, quae aequitatis tenax est, hominum actiones pensandae sunt. Eos tantum recte se gerere, qui ad individuos casus respicientes, tunc solum compensationem exposcunt, cum periculum revera intervenit et non aliam tunc compensationem quaerunt, quam quae periculi gravitati, quae proborum idcirco prudentumque iudicio aestimanda est, respondet ».

Aliud 26. Mart. 1840 decretum est responsio C. S. Offic. Scilicet proposito dubio, an ad aliquid reddendum teneatur NN., cuius pater magnam pecuniae summam mutuo dederat, cum lucro 10. pro 100. legali taxae illius temporis respondente et quatenus restitutioni esset obnoxius, utrum saltem 5. pro 100. retinere licite valeat: rescriptum fuit. « Quoad usuras in genere consulat decreta iam lata. Quoad excessivitatem fructuum, consulat R. P. D. Episcopum, qui expendat facti circumstantias et praxim illius temporis, quae vigebat apud viros timoratae conscientiae et provideat ». E.

2° Neque ii sunt inquietandi, qui pecunias tradunt mercatoribus, ut percipiant annuum fructum, utut non fiat sermo de titulo legis.

3° Non adigendi ad restitutionem eorum, quae perceperunt, licet etiam dubia vel mala fide perceperint; non enim mala conscientia per se efficit, ut quis ad restituendum obligetur, si alioquin alia ratio ad id non cogat.

4° Licet poenitentes parati esse debeant ad parendum Sedi Apostolicae, si decernat de hac re; non tamen opus esse, ut de hac dispositione interrogentur; tum quia id non exigitur in responsis, tum quia praesumi debet quisque christianus paratus ad obediendum nec aliunde expedit, uti monent passim vitae spiritualis duces, hisce hypothesibus aliisque eiusmodi animos poenitentium periculosa tentatione frustra pulsare.

5° Haec tamen responsa Sanctae Sedis non adimunt obligationem ex caritate mutuandi gratis pauperibus, qui ex necessitate mutuum petant.

6° Praeceptum nihilominus mutuandi gratuito non urget, quando licet pauper sit qui petat, non tamen gravem patitur necessitatem et prudenter sperat, se posse aliquando eam utilitatem ex accepta pecunia percipere, ut facile possit etiam auctarium aliquod solvere. Vide Gury n. 829.-830.

De pecuniae locatione.

280. Verum, ut quod proposuimus n. 277. expediamus, alia succedit non levis momenti quaestio, an qui alteri pecunias dat utendas, alium contractum, diversum a mutuo, celebrare possit, vi cuius lucrum aliquod percipiat, titulis prorsus aliis, superius memoratis, praetermissis. Nempe quaeritur, an sicut si equum utendum alteri concedis, duplicem diversum contractum potes facere, vel *commodati* scilicet, si gratuito usum equi concedis, vel *locationis*, si mercedem pro eo usu exigas; ita a pari pecuniam utendam tradere possis vel gratis faciendo contractum *mutui*, vel *pretio aliquo*, ut evadat aut contractus *locationis*, aut contractus quispiam innominatus.

281. Qua de re non est, cur moveat quod habet Molina disp. 304. n. 3. et post eum Salas *de Usuris* dub. 3. n. 4., scil. in hoc differre *commodatum* a *mutuo*, quod in priori si accipias pretium, destruis naturam commodati et in aliam speciem contractus transit scil. *locationis;* in altero autem non destruis naturam contractus, si aliquid accipias ultra sortem, propterea quod pretii exactio addatur per aliud pactum superadditum *mutuo*. Nam alia prorsus est ratio, cur lex civilis reddendum supra sortem quid voluerit *ex alio pacto*, quod *mutuo* adderetur, non autem ex *actione eadem*, quam mutuum pariebat, quaeque est *certi condictio* (vid. Voet

lib. 12. tit. 1. n. 18.) ac propterea cur alterum pactum additum de aliqua re reddenda supra sortem extraneum habitum ita fuerit mutuo, ut mutuum constiterit, etiamsi non gratuito sed ob pretium pecunia utenda concederetur; alia autem est ratio, cur in sensu Ecclesiae extrinsecum haberi debeat aliud pactum. Mutui scilicet indoles penes Ecclesiam dicit tantummodo contractum, vi cuius reddi *tantundem* et nihil amplius debeat: unde (secus ac in romano iure fieret) non est mutuum indifferens ad recipiendum vel non recipiendum adiectum aliquod pactum; in iure civili vero indifferens erat et hac tantummodo de causa non mutabatur contractus, si non esset gratuitus, quia forma legalis actionis id postulabat. — Praeterea actio mutui erat *certi condictio*, quippe de certa summa res erat; contra vero cum usurae quantitas non haberet certam mensuram, quia varia erat pro varia summa mutuata et pro vario tempore, non poterat agi per *certi condictionem*, sed agendum erat per aliam *actionem*. Idcirco nihil mirum, si in iure romano quidpiam singulare reperimus et non apparet alius contractus, in quam transiret pecuniae utendae traditio.

Methodus ergo antiqui romani iuris impedire non potest neque debet, quominus mutetur natura contractus. Hoc enim statuimus, quia servare volumus notionem mutui, prout hanc Ecclesiae usus adhibuit et constanter servavit. Et de hac quaestione nominum satis sit.

282. Ceterum ad quaestionem hanc agendam movere debet non solum controversia iam a seculo et amplius excitata occasione opusculi Scipionis Maffei *Dell' impiego del danaro* (de pecuniae collocatione) editi ann. 1744. paulo ante datam Encyclicam Benedicti XIV. *super Usura* anno 1745.: sed praeterea nonnulla Sedis Apostolicae decreta.

Quaeri enim potest ratio decretorum tum s. Officii tum s. Paenitentiariae, quae superius allata sunt n. 275. seqq., in quibus neque mentio iniicitur tituli, quem praebeant civiles leges.

Accedit Constitutio multiplex Romm. Pontiff. pro montibus pietatis, in quibus permittitur, ut detur 5. pro 100. deponentibus pecunias in dictis montibus; quin mentio sit alicuius alterius tituli. Pasqualigus afferebat constitutionem Pauli III. pro monte ferrariensi. At s. Alphonsus n. 765. ad fin. memorat post Concina tom. 7. p. 483., quod Petrus Ballerini evincit, hanc Constitutionem esse apocrypham, uti revera esse contendit in primo ex tribus opusculis circa hoc usurae argumentum cap. 3. §. 3. pag. 103., ubi de montibus pietatis agit. Et addit s. Alph. l. c. post Concina l. c. alias Constitutiones Romm. Pontiff. loqui solum de depositis illis pecuniis, quae alias erogandae fuissent in agros emendos aut mercaturam exercendam, ut est in Const. Pauli IV. pro monte Veronae 13. Ian. 1563.

283. Verum allegari potuissent ac debuissent aliae Constitutiones

Pontificiae, in quibus nihil quaeritur, an pecunia deponenda deservire necne deberet ad alia lucra. Ita in Constit. Clementis VIII. *Cum sicut* 11. Maii 1592., qua erigitur Mons annonarius in civitate Bononiensi, haec leguntur §§. 6. 7. (Bullarii tom. V. pars. 1. pag. 354., 355.): «Volentes, quod quaecumque utriusque sexus personae, cuiuscumque dignitatis, status, gradus et conditionis exsistentes... super dicto monte, a quinquaginta scutis similibus super, quamcumque pecuniarum summam ponere et pro pecuniis sic positis, ad rationem sex vel ad summum sex cum dimidio pro centenario, singulis annis et quolibet bimestri ratam sine aliquo peccato et conscientiae scrupulo, seu restitutionis vel satisfactionis onere in utroque foro... recipere et habere valeant... ».

Item Urbanus VIII. In Const. *Alias* 23. Sept. 1628. inserta in Const. *Ecclesiae* Clementis XIII. (Contin. Bullar. tom. 2. pag. 150.): « Volumus autem, quod quaecumque utriusque sexus personae, cuiuscumque dignitatis, status, gradus et conditionis exsistentes, quae in monte eiusmodi quamcumque pecuniarum summam, non tamen infra scuta centum similia,... erogare et ponere voluerint, pro pecuniis sic positis, fructus ad rationem quinque pro quolibet loco (idest centenario) annis singulis et quolibet bimestri eorum ratam, licite et libere, sine aliquo conscientiae scrupulo, seu restitutionis aut satisfactionis onere, percipere... et habere valeant ». Quas quidem Urbani litteras Clemens XIII. et omnia in eis contenta, confirmat ac renovat in Constitutione sua, cui litterae Urbani insertae reperiuntur.

284. Porro, uti patet, non agitur de pecuniis, ex quibus interim dominus lucrum potuisset percipere, sed ab hac conditione praescinditur. Scilicet non habetur ratio *lucri cessantis* aut *damni emergentis*.

Insuper, quod aeque manifestum per se est, deerat titulus *periculi sortis*, quia plena securitate gaudebant.

Aberat praeterea titulus *obligationis* non repetendi; nam pro lubito petentium restituebantur.

Ergo aberat quivis alius titulus, qui sive ex decreto Lateranensis Concilii sub Leone X. (vid. sup. n. 242.) sive ex sententiis communibus theologorum obtendi poterat ad exigendum lucrum ultra sortem.

Ad haec non potest usurae acceptio excusari *ob bonum finem*. Nam ut habetur in cap. *Super eo, de Usuris* Pontifex Alexander III. respondit « quod cum usurarium crimen utriusque testamenti pagina detestetur, super hoc dispensationem aliquam posse fieri non videtur ». Agebatur autem, num usurae recipi possent ad redimendos captivos.

Porro si neque ullus titulus apparet, qui mutuo extrinsecus sit, neque dici potest, has constitutiones repugnare Constitutionibus tum Pontificiis tum Synodalibus circa usuras, reliquum est ut dicamus, non haberi heic

illum contractum, quem *mutui* dicimus: idque ex eo deduci etiam posset, quod utique occurrunt voces *mutui* et *mutuandi*, ubi sermo est de pecunia danda indigentibus; at nuspiam de pecunia monti tradita vox illa usurpatur, sed constanter dicitur *deposita*.

285. Quidquid de his dici debeat aut possit, ut ad propositam quaestionem veniamus, doctrina de pecunia locanda, non secus ac locetur v. gr. grex aut ager, non ita nova dici debet, ut eam in medium attulerit primus aut Maffeius, aut Bolgeni, aut Mastrofini, aut Cardinalis De la Luzerne etc. aut Rosignol; neque iterum haberi debet, ut merx prorsus haeretica, quippe quam propugnarunt reipsa nonnulli ex iurisconsultis heterodoxis.

Sane Pasqualigus Zacharias m. 1664. *Decis. Moral.* 184. n. 13. de lucro ex pecunia deposita in Monte Pietatis, de qua supra, sic ratiocinabatur: « Ex tertio quoque capite potest evadere iustum eiusmodi lucrum, si videlicet pecunia non censeatur mutuari, sed ACCOMMODARI, ita ut transeat in LOCATUM. Quod fieri potest, accedente declaratione Principis et exigente bono publico. Quod virtualiter fit a Pontifice, quando concedit, fructus posse percipi ex pecunia monti tradita. Cum enim pecunia valde utilis sit et possit, prout applicatur, magnos fructus causare, potest tanquam res utilis et fructifera non secus ac domus et ager venire in considerationem et esse materia *contractus locationis*, ita ut ipsam quis alteri locet, ut inde percipiat illos fructus quos potest causare et tunc ex tali locatione percipere fructus ».

Sincere tamen fatendum, dd. passim quaestionem quidem ipsam non attigisse et e contra ea proferre, quae huic doctrinae plane opposita videri debeant. Unice quippe eam memoravit Franciscus Zech. *de Usuris* opus. I. n. 194.-195., eamque ideo reiicere maxime visus est, quod quaestio de usuris iam quaestio prope evaderet de solo nomine. Sed de hac obiectione infra.

286. Dixi DD. passim ea habere, quae huic doctrinae contradicunt. Videlicet dum contendunt, lucrum ex mutuo illicitum esse non modo iure divino, et humano, sed etiam naturali, eo dirigunt argumenta ut evincant, ex mutuata pecunia nullum lucrum percipi posse, quod plane doctrinae opponitur de pecuniae locatione.

Verum hinc forte via aperietur ad faciliorem quaestionis explicationem, quam praeparare iuvat, allata primum quadam veterum sententia, tum discusso argumento, quo probari solet inhonestum naturaliter esse quod in mutuo aliquid exigatur praeter sortem.

287. Et in primis veritas postulat, ut dicamus, fuisse qui docerent, usuram non intrinsece malam esse, sed iure positivo prohibitam. *Usuram* autem seu contractum usurarium appellabant, quando pro usu pecuniae exigitur pretium.

De hac *usurae* acceptione ita Alphonsus Tostatus in cap. 25. Matth. quaest. 181.: « Ratio, quare in mutuo accidat usura et non in emptione aut locatione et aliis, est, quia mutuum debet esse gratuitum et eo ipso quod non est gratuitum, desinit esse mutuum. Duo enim contractus sunt, qui secundum naturam suam sunt liberi et si non sint liberi, desinunt esse contractus in specie illa, scil. mutuum et accommodatum. In mutuo enim si aliquid petatur, non est liberum idest gratuitum et tunc est contractus usurarius; commodatum quoque, si non sit gratuitum, non est commodatum. Et tamen tunc dicendum, quod aut petitur aliquid pro re ipsa aut pro usu rei: si pro re ipsa, aut petitur pecunia aut alia res; si pecunia, erit emptio et venditio; si autem alia res, erit contractus permutationis. Si autem pro usu rei, aut accipitur pecunia aut alia res: si alia res, est contractus innominatus, sc. do ut des, facio ut facias. Si autem pecunia recipiatur, erit contractus locationis... Et ideo cum debeat mutuum esse gratuitum, si non sit, desinit esse mutuum et est alius contractus, quem usuram vocant ».

Porro de usura dixerat quaest. 171.: « Ad primum in contrarium dicendum, quod aliqui volunt, usuram non esse malam in se et ideo etc. Alii autem volunt esse malum, sed tale in quo possit dispensari ».

Et rursus ibid.: « Ad tertium... aliter potest dici, quod dare ad usuram non erat malum, quasi secundum se esset malum et peccaret quicumque illud committeret, sed erat malum, idest aliqualiter contra rationem et tale non esset malum, nisi cum prohiberetur ».

Explicat autem, quomodo sint aliqualiter contra rationem disp. 172., dicendo: « esse quidem (eiusmodi actiones) contra ius naturae: sed neque affirmativa (praecepta) habent vim obligandi ad agendum, neque negativa obligant ad peccatum contrafacientes et ita non peccat, qui agit contra tale ius naturale, nisi lege aut consuetudine inceperit habere vim obligandi ». (Vocat *praecepta* eas praescriptiones, quas nos dicimus *consilia*, et non sunt necessaria ad finem assequendum, sed ad perfectionem finis).

288. Distinctionem mutui ab alio contractu habet et Petrus de Ancharano (quem passim DD. notant in eadem sententia de liceitate cum Tostato fuisse), ubi inquit in 5. decret. tit. 19. *de Usuris* cap. 1.: « Quidam dicunt, quod aut usurae petuntur ex alio contractu, quam mutui, aut petuntur ex contractu mutui. Primo casu sunt permissae... secundo casu, quando ex contractu mutui, non sunt permissae... et ita intelligitur divina lex..., nisi in mutuo peterentur ratione damnorum, quia tunc possunt peti ».

E quibus patet, haud inaniter Salonium apud Salas *de Usur.* dub. 3. n. 2. affirmasse pro ea sententia stetisse plures iuris peritos: nam et Abulensis et Ancharanus haec aliis tribuunt.

289. Deinde vero sincere dicendum est, argumenta prolata ad evincendum, lucrum perceptum non dicam ex *mutuo*, sed ex pecunia tradita ad utendum, intrinsece esse illicitum et iniustum, non praeseferre eam vim, quae rem definire possit.

Et quidem Lugo disp. 25. n. 10., quem tamen s. Alphonsus laudat tanquam in rationibus solidis promendis maxime insignem, candide fatetur, difficile esse, rationem assignare. « Difficultas (inquit) praecipua est in afferenda ratione naturali huius malitiae, quae non ita clare sese offert lumini naturae. Molina disp. 304. et Salas alias rationes referunt et impugnant ».

290. Quam ergo Lugo ex omnibus seligit? Audiatur: « Ratio. quae magis communiter a praedictis Doctoribus et aliis usurpatur, ad hoc fere reducitur: quia contra iustitiam est in rei unius commutatione pro alia plus exigere quam res valeat, nisi alius intercedat titulus, ratione cuius illud amplius iuste accipiatur. Qui autem accipit usuram in mutuo ultra sortem, accipit plusquam valeat id, quod dedit. Ergo peccat contra iustitiam ».

Difficultas est in minori et sic eam Lugo probat ibid.: « Si dedisti decem et accipis decem, iam accipis quantum valebat id, quod dedisti: si ergo accipis 12., accipis supra valorem dati. Porro non intervenire alium titulum ad illum excessum (supponimus)... Ergo.

291. Sed vel ipse Salas l. c. n. 2. non habet hanc rationem ut firmam. « Responderi potest (inquit): licet in ordinatione ad commercia humana tanti valoris sit summa reddita, quanti accepta; tamen in ratione beneficii, minoris est valoris, eo quod mutuans prius dat et dat sine obligatione dandi et imponit sibi obligationem non exigendi illam certo tempore, in quo fortassis ea indigebit; alteri vero confert libertatem utendi illa eo tempore et non illam restituendi, quod peculiare est eius beneficium. Nam si statim esset soluturus, esset aequalitas inter datum et acceptum: libertas autem non solvendi illam v. gr. per annum, *est aliquod peculiare pretio aestimabile;* ergo pro illo potest aliquid ultra sortem exigi ».

Duo scilicet sunt compensanda: 1° res data, quae reddenda est: 2° onus, quod quis subiit, dum re sua se privavit, se obligando ad non eam tanto tempore repetendam. Dum itaque reddis decem pro decem acceptis, rem reddis; sed compensatio suscepti oneris ubinam est?

292. Pervidit difficultatem Lugo et conatur respondere. Quid respondet? Videlicet disp. 25. n. 21., ubi magis explicare se dicit hanc rationem, reponit: « pro hac obligatione et onere non posse aliquid accipi; quia hoc totum solvitur ad aequalitatem solvendo mutuum et reddendo tantundem postea mutuanti. Si enim mutuans dando 100. privavit se facultate negotiandi et lucrandi cum illa pecunia; postea redditur illi

aequalis pecunia cum facultate negotiandi et lucrandi cum illa: quae facultas aequivalet facultati illi, qua se prius privavit ad tempus, sicut pecunia reddita aequivalet pecuniae datae. Totum ergo illud onus solvitur et compensatur reddendo ei tantundem nec restat aliquid, pro quo amplius solvendum sit ».

293. At vero estne tam solida haec responsio, ut aliquo modo satisfacere possit? Num valere censebitur haec theoria, si sermo sit de re commodata, v. gr. equo vel de agro locato? Sane redditur equus, redditur ager et cum equo et agro redditur facultas utendi: num idcirco nil possum, si velim, praeterea postulare?

Veruntamen haec ratio est veluti Achilles in hac pugna. Et Lugo de allata ratione sic loquitur n. 11.: « Hanc rationem adeo esse manifestam et claram dicit Turrianus, ut miretur, graves aliquos theologos huius aetatis dixisse, non esse facile probare, usuram esse iure naturali prohibitam: quibus verbis intellexit fortasse Molinam, qui ita locutus est dicta disp. 304. n. 13. Sed revera non est id ita facile, ait, ut haec turpitudo *non* (ita editiones: at ista particula negativa *non* ex contextu videtur redundare, ideoque delenda) latuerit sapientissimos illos iurisconsultos Romanos, qui usuras in moderata summa licitas censuerunt et pro eis exigendis actiones concesserunt et pro solutis repetendis actionem negarunt. Et quidem quamvis ratio adducta bene probet pro usu, qui necessario debetur PERFECTO domino, non posse aliquid exigi supra valorem rei ipsius; adhuc tamen difficile satis est, cur non possit mutuans aliquid exigere pro obligatione, qua se obligat ad non exigendum debitum v. gr. intra annum, cum aliqui etiam recentiores hoc licitum esse concesserint. Quod tamen si semel concedatur, omnis usura eo titulo iustificari poterit, ut postea videbimus sectione sequenti, ubi vim huius rationis magis explicabimus; quae, nisi effugium illud praecludatur, INEFFICAX OMNINO est et totum hoc ad quaestionem de nomine reducetur, cum tamen in re ipsa id totum, quod usurarii intendunt, licitum reddatur saltem iure naturae ». Incidenter ergo notemus, fundamentum potissimum doctrinae illud esse quod *recentiores*, fatente Lugo, non admittunt et cuius oppositum s. Alph. sup. n. 254. dixit non carere sua probabilitate (a).

(a) S. Alphonsus lib. 3. n. 760.: « Secunda sententia dicit, quod licet in mutuo sit obligatio exspectandi solutionem per aliquod tempus; quando tamen obligatio est de non repetendo, nisi post multum tempus..., tunc cum illa non sit intrinseca mutuo, potest aliquid licite exigi. Ita Medina... Et haec sententia *vere* non videtur sua probabilitate carere ». Et allegat Medinam, Serra et Ledesma apud Salm. *de Contract.* tr. 14. cap. 3. n. 25., penes quos probabilem dicunt Trullench, Henriq. et Bassaeus et non improbabilem putat Sporer de VII. praec. cap. 4. n. 71.

Lugo disp. 25. n. 16. ad Quaestionem « Utrum pro obligatione non repetendi mutuum per annum v. gr. possit aliquid exigi ultra sortem », advertit: « Non defuerunt

Achillem itidem habitam fuisse illam rationem innuit Molina, qui postquam illam et protulit ac vindicare conatus est, subdit disp. 304. n. 13.: « Principalis ratio a nobis proposita atque harum obiectionum solutionibus explanata, sufficienter, *meo iudicio*, probat, usuram ex ipsa rei natura atque adeo stando in solo iure naturali, esse illicitam contra iustitiam commutativam restitutionique obnoxiam. Quasdam vero alias rationes conficiunt Conradus *de Contractibus* quaest. 22. et 23., Covarruvias lib. 3. *Variar. Responsionum* cap. 1. n. 5., Gabriel in 4. dist. 15. quaest. 11., Maior quaest. 29. Sotus quaest. 2. et alii; quae CERTE non tam efficaciter rem videntur persuadere ».

294. Porro ut ad difficultatem veniamus, Lugo, ut vidimus sup. n. 292. non negat, ratione oneris quod subit mutuans, aliquid ex iustitia ipsi deberi: sed contendit, per restitutionem acceptae pecuniae compensationem fieri ad aequalitatem.

Hoc autem diligenter est advertendum: nempe Lugo non potuit negare et non negavit, onus a mutuante susceptum esse pretio aestimabile. Idque rursus sic fatetur n. 24. disp. 25. (vid. et ibid. n. 18., quod habes infra n. 311.): « In mutuo illa obligatio non utendi pecunia sua hoc anno, licet fateamur *esse pretio aestimabilem*, compensatur tamen ad aequalitatem, quando mutuatarius reddit aliam pecuniam similem cum facultate utendi in perpetuum ».

Quocirca restat solum, ut inquiramus, an vere fiat haec compensatio ad aequalitatem, cum pecunia restituitur.

295. Difficultatem adversus haec habemus propositam ab ipso Lugo, qui sincerissimus est et cum simul sit perspicacissimus, propterea non potuit eam dissimulare aut abscondere.

Inquit n. 21.: « Dices: Si pecuniam mutuo non dedisset nec se obli-

---

viri docti, qui hoc licitum esse dixerint, nempe Io. Medina l. *de Restit.* q. 32. §. *Inde infertur*, et alii, quos tacito nomine refert Molina disp. 308. §. *Non defuerunt*. Idem docet Petrus Ledesma in *Summ.* p. 2. tr. 8. cap. 35. Concl. 4. dicens, *ita sentire discipulos s. Thomae:* idem tenet *Caelestinus* in *Compendio theol. Moralis* tr. 11. cap. 5. q. 2. et denique *Lessius*, qui lib. 2. cap. 20. dub. 14. n. 119.-127. dictam sententiam multis argumentis probat, quae dicit posse alicui videri valde probabilia: non tamen dandas esse tam laxas habenas mercatoribus nec illis hoc concedendum. *Diana* etiam tom. 1. tract. *de Contract.* res. 48. et tom. 4. tr. 13. Miscell. resol. 50. relatis hinc inde sententiis et auctoribus nihil definit.

Adde quod Salmanticenses dicunt *de Contr.* tr. 14. cap. 3. n. 26., *Bannez*, *Aragonium*, *Caramuelem* ac *Pradum* (quibus ipsi subscribunt), concedere, licitum esse quidpiam exigere non quidem praecise ratione temporis, sed ratione incommoditatis specialis, sicut ob eandem incommoditatis rationem propter obligationem mutuandi potest quis pretium petere, quia pretio aestimabile est se illo instrumento privare. Et nomine incommoditatis non intelligunt solum damnum emergens aut lucrum cessans, sed etiam quemcumque actum liberalitatis vel magnificentiae vel quamcumque aliam operationem vel necessariam vel convenientem, a qua mutuans impeditur.

gasset ad non repetendum hoc anno (N. B. quod dicitur de anno, dici potest de mense, de hebdomada et etiam de die, prouti v. gr. miselli quidam in foro olitorio seu Agonali solent mane mutuum petere scutatum, quo negotientur circa olera, quodque vespere mutuanti restituunt cum usura et si scutatum non a mercatore ipsis ditiore, sed a socio eiusdem artis peterent, perinde esset negotium ac si mercator ab alio mercatore 600. scutata peteret mutua per semestre), habuisset hoc anno potestatem lucrandi et habuisset etiam anno sequenti: nunc autem quia mutuo dedit cum tali obligatione, habebit quidem illam facultatem anno sequenti, quando mutuum redditur, non tamen hoc anno; ergo obligatio carendi hoc anno non compensatur, sed manet sine ulla satisfactione, nisi pro ea aliquid amplius detur ».

296. Quaero nunc quid reponi potest? Lugo reipsa nil habuit, quod reponeret praeter haec ibid.: « Respondetur, non minus valere pecuniam redditam anno sequenti, cum potestate utendi illa toto tempore sequenti, quam valeat pecunia data hoc anno cum simili potestate, sed utramque facultatem apud homines reputari eiusdem omnino aestimabilitatis et pretii ».

297. Ita Lugo; cuius responsum optimum esset, si tantum ageretur, de satisfaciendo obligationi restituendi tantundem eiusdem scil. ponderis, qualitatis ac mensurae, ac receptum fuerit. Nam restituitur res non imminuta, et si data fuerit cum facultate utendi, restituitur cum facultate utendi. At nunc agimus de compensatione oneris, quod mutuator subiit, suscipiendo in se illam obligationem; nam id esse *pretio aestimabile Lugo fassus est*: compensationis enim locum non potest tenere mera redditio illius, quod meum est.

Si mihi pecuniam cum facultate utendi reddis, non aliquid tuum reddis, sed meum, quod insuper retinere tibi non licet utpote non tuum sed alienum. Ego a te nihil accipio, quia qui suum accipit, nihil ab alio recipit. Non ita, cum tibi pecuniam meam dedi utendam.

Sane si loco tibi equum ac propterea facultatum utendi equo; profecto dum equum restituis, cum restituis cum facultate utendi. Essetne contentus locator equorum, si conductor pro pretio locationis diceret se dare facultatem utendi equo atque se ita compensare ad aequalitatem?

S. Thomas 2. 2. q. 78. art. 1. ad 6. causam proponit illius, qui, « concedit pecuniam signatam ad ostentationem, vel ad ponendum loco pignoris ». Quaerimus: potestne, qui dedit hanc pecuniam sic utendam, exigere pretium? Lugo ex dicta sententia deberet respondere negative. Nam dum alius pecuniam restituit, restituit facultatem quoque, quam accepit, utendi *ad ostentationem* vel *ad ponendum loco pignoris;* imo plus aliquid restituit, quia restituit cum facultate utendi *quomodolibet.*

Ergo non solum servaretur aequalitas, sed plus redderetur. Et tamen s. Thomas decernit ibid.: « Talem usum pecuniae licite homo vendere potest ». Ergo ut servetur aequalitas, nisi suppleat donatio, aliquid amplius solvi debet.

298. Manca igitur est responsio Lugo nec ad eam roborandam valent, quae ibidem addit.

Ut evincat, servari aequalitatem, cum redditur accepta pecunia, utitur exemplo agri. Si vendis, inquit, hodie agrum, certe vendis cum facultate percipiendi fructus: si autem non hodie vendis, sed post annum, non teneris minuere pretium, quia vendis cum eadem facultate percipiendi fructus, licet non des cum facultate utendi anno praeterito. Ergo pecunia reddita habet eundem valorem, dum eam post annum restituis, ac habebat, cum accepisti.

Secus, inquit, pretium bonorum immobilium quotannis decresceret; quia dantur sine facultate utendi ac percipiendi fructus, quae habebatur elapsis annis.

Imo n. 22. confugit ad iudicium Dei, qui, ut inquit, falli non potest. Finge, inquit, duos iustos iisdem prorsus meritis insignes ac propterea dignos eodem aeterno praemio : finge ibidem duos peccatores, qui ob eadem plane demerita iisdem prorsus poenis plectendi sint. Fac vero unum iustum et unum peccatorem obiisse tempore antidiluviano: alium vero iustum et alium iniquum mori nunc. Profecto ex hypothesi idem debet esse praemium pro duobus iustis eademque poena pro iniquis; nec quidpiam praemii additur iusto nunc morienti ut compensatio fiat pro tot annis gaudii, quo prior iustus beatus fuit: nec iterum ad compensandum pro tot annis praecedentibus, quibus prior iniquus punitus est, gravius tormentum posteriori additur.

Hinc constat inquit, n. 23., « quam verum sit principium illud, quod res eiusdem perfectionis data hodie cum facultate utendi toto tempore sequenti sine termino, eiusdem sit valoris cum alia simili re, vel cum eadem data anno sequenti cum eadem facultate ».

299. Ingenium hinc viri et candor elucent. Quaesivit quidquid afferri pro ea causa potest simulque candor eius efficit, ut artificiis non utatur atque adeo pateat meritum causae.

Quid enim ad ea advertere quisque potest? Conclusionem scil. eo tendere, ut probet, restitui rem nihil in se imminutam. Sed quisque addet, restitutionem rei non imminutae non compensare onus, quod ex eiusdem rei carentia alius in se suscepit.

Quod si urgere conclusionem eam vellemus, habebimus sane consectaria, quae nemini arridebunt.

1° Admittit Lugo, aestimabile esse onus, quod in se suscipit mutuator.

Onus autem hoc sive ratione diversi temporis, quo subeatur, sive ratione aliorum adiunctorum certe modo levius modo gravius erit; non erit ergo nec dici poterit idem onus, abdicasse se facultate utendi v. gr. mille aureis per quindecim dies, aut per quindecim annos. Atqui lex iustitiae postulat, ut diversitati oneris diversitas respondeat compensationis. Ergo quomodo habebitur ista diversitas? Imo nonne plus dabit, qui cito restituit, aut minus, qui sero?

2° Fac, Titius acceptam mutuo per annum pecuniam det mutuam Ventidio per undecim menses. Supererit igitur pro Titio unus mensis. Quaero, quis dicat, nihil detractum ipsi per undecim menses, propterea quod ipse compensatur eam recipiens, quippe *elapsum tempus computari non debet* et res ipsi cedit cum facultate utendi ipsa, prout utendam Ventidio dederat?

3° Si res ita habet idem pretium sequenti anno, ac porro annis multis sequentibus, cur urgemus, restitutionem statim esse faciendam? Nonne enim, licet res sero restituatur, restituitur cum facultate utendi, quae compensat carentiam praecedentem?

300. Utitur Lugo exemplo agri, qui non minori pretio venditur hoc anno, quam fuisset venditus anno elapso.

At comparatio claudicat. Si ager enim emptus ab alio fuisset elapso anno, possemne tradere post unum aut duos annos hac ductus ratione, quia pretium non mutatur et agrum trado cum ea facultate percipiendi fructum, quam habebat anno antecedenti?

Videlicet in venditione agri non immutabitur pretium ob fructus praecedentium annorum, non quia qui abdicat se hac facultate, non habeat ius ad compensationem, sed quia emptor pecunia sua, quam non solvit nisi cum agrum recipit, alio modo eosdem fructus prius percipiebat. Quod luculentius patet, si agrum non vendi fingis, sed permutari cum palatio v. gr.; nam alter fruebatur interim palatio suo. Ut exemplum currat, fingere debes, permutari cum palatio, sed interim agrum tradi post duos annos, cum palatium statim traditum fuerit. Idem dicito, si fingatur permutatio equorum aut boum aut asinorum.

301. Ceterum haec Lugo disputabat utique, ut evinceret, non esse titulum exigendi aliquid supra sortem, obligationem non repetendi mutuum intra tempus fixum.

At verissime ibid. nn. 17.-20. ipse tenet et ostendit, non distare causam mutui a causa concessionis temporis.

« Si vera, inquit n. 17., ea sententia esset (sc. de lucro ob obligationem non repetendi), nullus contractus esset re ipsa usurarius, sed solum per accidens propter ignorantiam contrahentium, qui nescierunt distinguere titulum lucri. Nam re ipsa illud ipsum lucrum, quod propter mutuum

illicite exigunt, potuissent licite exigere, non propter mutuum, sed propter obligationem novam superadditam non repetendi mutuum intra tantum tempus. Quare omnes leges et prohibitiones in hac materia inutiles essent; nam id totum semper alio titulo licite fieri posset et reduceretur uno verbo controversia de usuris ad quaestionem *de nomine*, inutilem omnino ad forum conscientiae, in quo omnes iidem contractus, qui reprobantur, liciti essent, addito illo solo verbo: Ego nolo lucrum pro mutuo, sed pro obligatione, qua ultra mutuum me obligo, ad non repetendum illud intra tantum tempus ».

302. Et plane sincere dicendum est, inani conatu defendi doctrinam de malitia usurae, si detur, pretium exigi posse pro obligatione non repetendi mutuum ad aliquod tantum tempus.

S. Alphonsus ut vidimus suo loco sup. n. 254. vitari incommodum putat, ubi sermo sit de tempore longiori, v. gr. triennio. Sed si ratio est, quia obligare se ad carendum facultate utendi re sua est pretio aestimabile, profecto dabitur plus et minus. Quocirca levius erit onus, si brevius sit tempus; sed cum onus non desit, non deerit titulus exigendi. Cur inquam non pari ratione poterit quispiam dicere: do quidem mutuum, sed me non obligo ultra mensem ad non repetendum, nisi compensatione facta? Et rursus cur non poterit dicere: do quidem mutuum, sed me non obligo per aliquod tempus ad non repetendum, nisi facta compensatione?

Praeterea cur obligatio censetur onus (quod etiam Lugo de obligatione mutuandi in posterum dicit esse onus gravissimum et pretio plane aestimabile n. 25), nisi quia onus est exsecutio promissionis?

Et si est pretio aestimabile onus obligationis ad mutuandum, quia haec obligatio impedit libertatem meam, ne possim uti re mutuata, nonne itidem adimo mihi libertatem istam, dum ab ipso initio trado pecunias, atque adeo ne illudere videar, aut ne precarium potius faciam (Lugo n. 19.), ad aliquod tempus me non repetiturum spondeo?

Merito igitur Lugo n. 17.-20. postquam ostendit, non firmas esse rationes, quas alii adhibuerunt ad thesim defendendam (quod non liceat exigere propter obligationem non repetendi), eo devenit, ut nulla alia ratione refutari posse statuat eam sententiam nisi iis, quibus ostendatur illicitum quodlibet lucrum ex usura.

Atque inde plane consequitur, Auctores, qui lucrum percipi posse putarunt propter obligationem non repetendi ante tempus, etiam nolentes favisse illis, qui negant, usuras iure naturae atque intrinsece esse malas.

De valore argumentorum.

303. Quaeres, an de hoc argumento egerit s. Thomas et quibusnam rationibus usus sit, iisdem ne ac Lugo, an aliis.

Resp. Lugo aliqua elementa probationis e s. Thoma desumpsit; sed alia addidit diversaque paulo forma proposuit, qua, ut puto, censebat efficaciora futura.

S. Thomas triplici maxime loco de usura agit. Et in primo quidem in 3. dist. 37. q. 1. art. 6. hoc primum monet: « Dicendum, quod ab omnibus dicitur communiter, quod dare ad usuram peccatum mortale est. Sed diversi diversas rationes assignant. Quidam enim dicunt, quod ideo pecuniam pro recto lucro concedere non licet, sicut domum, equum, vel alia huiusmodi; quia pecunia non deterioratur ex usu. Sed ista ratio non est generalis: quia in aliquibus rebus pro quarum concessione aliquid accipi potest, nihil ex usu deperit, sicut in concessione domus ad usum ad unum diem. Et praeterea pretium, quod accipitur, non commensuratur damno, quod accidit ex usu rei; non enim tantum deperit in mutuo quantum datur ».

304. Pergit s. Thomas: « Et ideo alii assignant aliam rationem, quia videlicet quando pecunia mutuatur, transfertur dominium, quod non fit in domo et in aliis rebus. Iustum autem videtur, ut pro usu rei, quae mea remanet, scilicet domus, aliquod accipere possim; sed pro usu pecuniae, quae fit alterius ex hoc ipso quod mutuatur, aliquid accipere nihil aliud est, quam accipere aliquid ab aliquo pro usu rei propriae, et ideo videtur quod est quaedam exactio et peccatum ». Et de hac ratione subdit: « Et haec ratio *satis* (a) *probabilis videtur:* et ideo simile accidit in omnibus rebus in quibus transfertur dominium per mutuum, sicut granum, vinum et huiusmodi, pro quorum usu nihil accipere licet ultra valorem eius, quod mutuatum est ». Ad hoc reponi posset, distinguendo sic. Nihil ultra licet accipere velut compensationem usus, quo mutuatarius fruitur, *Transeat:* ceu compensationem usus, quo ex pacto alter se abdicat, *Nego.* Hinc et in locatione domus non quaerimus, utrum locatarius domo locata utatur, sed utrum dominus iuri suo in usum domus cedat.

305. Denique sic aliam affert rationem: « Potest tamen et alia ratio assignari; quia omnes aliae res ex se ipsis habent aliquam utilitatem: pecunia autem non, sed est mensura utilitatis aliarum rerum, ut patet per Philosophum in libr. V. Ethicorum cap. 8. (al. 9.). Et ideo *pecuniae usus non habet mensuram utilitatis ex ipsa pecunia, sed ex rebus, quae per pecuniam mensurantur,* secundum differentiam eius, qui pecuniam ad res transmutat. Unde accipere maiorem pecuniam pro minori nihil aliud esse videtur, quam diversificare mensuram in accipiendo et dando; quod manifeste iniquitatem continet ».

(a) Bolgeni *Della Usura* n. 54. pag. 82.: « s. Tom. non chiama questa ragione decisiva: *Et haec ratio satis probabilis videtur:* segno, che il s. Dottore si è accorto della debolezza di questa ragione e diciamo meglio della sua falsità ».

De qua postrema ratione illud unum advertere licet, haud recte supponi, quod mutuare sit quaedam venditio, adeo ut pecunia quae redditur sit pretium pecuniae acceptae; qua falsa notione laborat (ut videbimus) illud etiam argumentum, quo magis inniti visus est s. Thomas. Haec autem ratio hoc videtur contendere; si qua utilitas est in pecunia, quae sit digna pretio, haec utilitas non magis erit in ea quae traditur, quam in ea quae redditur. Ergo si redditur maior quantitas, necessario tollitur aequalitas in dando et recipiendo.

Ad quod responderi potest: non ex maiore pretio datae pecuniae exigi lucrum, sed ex onere carendi re sua ex pacto, quae obligatio est aliquid *pretio aestimabile.*

306. Alibi igitur, videlicet tum in q. 13. *de Malo* art. 4., tum in *Summa* 2. 2. q. 78. art. 1. utitur potius secunda ratione, quam tamen magis explicat. Sumamus eam ex quaest. 13. *de Malo*, ubi clarius proponitur.

« Dicendum, quod dare pecuniam mutuo ad usuram est peccatum mortale. Nec ideo est peccatum, quia est prohibitum, sed potius ideo est prohibitum, quia est peccatum. Et hoc patet, si quis recte consideret usurae rationem. Dicitur enim usura ab usu, eo scilicet quod pro usu pecuniae pretium quoddam accipitur, quasi ipse usus pecuniae mutuatae vendatur. Est autem considerandum, quod diversarum rerum diversus est usus. Quaedam enim sunt, quarum usus est consumptio substantiae ipsarum rerum, sicut proprius usus vini est ut bibatur et in hoc consumitur vini substantia: et similiter prorsus usus tritici aut panis est ut comedatur, quod est consumptio eiusdem tritici vel panis: ita etiam proprius usus pecuniae est ut expendatur (in *Summa* dicit *usus ipsius est consumptio sive distractio*) pro commutatione aliarum rerum. Sunt enim inventa numismata commutationis gratia, ut Philosophus dicit in VII. Politicorum cap. 5 et 7... Sed in illis rebus, quarum usus est consumptio, non est aliud usus rei quam res ipsa (h. e. consumptio eius): unde cuicumque conceditur usus talium rerum, conceditur etiam et ipsarum rerum dominium et e converso. Cum ergo aliquis mutuat pecuniam sub hoc pacto, quod restituatur sibi pecunia integra et ulterius pro usu pecuniae vult certum pretium habere, manifestum est, quod (a) vendit seorsum usum pecuniae et ipsam pecuniae substantiam, usus autem pecuniae, ut dictum est, non est aliud quam eius substantia (idest consumptio substantiae): unde vel vendit id, quod non est, vel vendit idem bis, ipsam scilicet pecuniam, cuius usus consumptio est: et hoc est manifeste contra rationem iustitiae naturalis ».

(a) Negari debet, quod pecunia vendatur; quia non datur pretium vendenti; quo pretio accepto conpensaretur carentia propriae pecuniae.

307. Hanc rationem brevius sic proponit Lessius lib. 2. cap. 20. n. 26.: « Est contra ius naturae, ut idem bis seu duplici pretio vendatur: item ut vendatur id, quod non est vendentis. Atqui qui usuras accipit, vendit idem bis et vendit id, quod non est suum. Ergo peccat contra ius naturae. Minor probatur; quia qui usuras accipit, vel accipit eas pro sorte et sic pro eadem re duplex pretium accipit, nempe summam sorti aequalem et praeterea usuram: vel accipit eas pro usu sortis et sic vendit alteri usum rei non suae, sed ipsius; nam per mutuum transfertur dominium in mutuatarium et consequenter etiam usus rei. Item usus rei illius non distinguitur a substantia rei, si aestimationem spectes: nam usus illius est alienatio et quasi consumptio substantiae. Ergo pro usu rei et pro substantia rei non potest distinctum pretium accipi ».

308. Porro ad hoc argumentum, ut nihil modo dicamus de principiis quibusdam, quae velut certa assumuntur, potest responderi negando *maiorem*, scilicet *disiunctivam* argumenti, quo minorem evincit et reponendo, pretium accipi iuste, pro onere, quod sibi mutuans assumit, carendi sua pecunia ex pacto ac facultate ea utendi; quod onus *pretio aestimabile esse* superius iam vidimus ex sententia ipsorum doctorum.

Quod quidem pervidit et Lessius, qui propterea immediate subdidit hanc difficultatem l. c. n. 27.: « Dices: Non desunt alii tituli, ratione quorum videtur accipi aliquid posse supra sortem: ut ratione temporis, quo alter pecunia utitur, ratione obligationis, qua se obligat mutuans ad non repetendam sortem intra tempus certum, ratione carentiae pecuniae, quia interim privat se facultate ea utendi etc ».

Quibus respondet primo evasive sic: « Respondetur, titulum, quo usura accipitur, proprie esse usum pecuniae ad certum tempus, concessum: ceteri tituli proprie et per se non sunt usurarii, sed tantum quatenus implicite in illum recidunt, quod fit, dum exceditur in aestimatione ». Heic vero diceret Lugo, sic nomen solum mutari. Aut videtur concedere, aliquid retribui posse pro onere carendi, seu obligatione non repetendi; quae doctrina ut vidimus sup. 293., probabilis visa est s. Alphonso.

309. Hinc Valentia rationem s. Thomae paulo aliter sic proponit tom. 3. disp. 5. q. 21. tract. 1. §. 2. « Quod autem (inquit) usura... etiam iure naturali tanquam iustitiae contraria prohibita sit, id primo demonstratur a s. Thoma et communiter ab aliis doctoribus optima quadam ratione ex ipso lumine naturali ducta, quam ego redigo in hanc formam. Commutare eandem rem bis, hoc est petere duplicem eiusdem rei compensationem, atque adeo seorsim in compensatione computare id, quod non potest seorsim computari, est secundum se iniustum. Sed hoc facit usurarius hoc ipso quod pro usu pecuniae mutuatae (posset responderi: nego suppositum; nam petit pro abdicatione sui iuris ex pacto, quod est pretio

aestimabile) aliquid ultra sortem petit, idest ultra aequalem summam pecuniae quam mutuo dedit. Ergo.

Minor autem probatur. « Nam qui translato *plene* (hoc alii negabunt) pecuniae dominio in alterum, praeter iustam compensationem eius pecuniae, petit aliquid pro pecuniae usu, bis idem commutat et seorsim computat quod non debet seorsim computari. Cum enim dominium rei eatenus valeat aliquid, quatenus valet et utilis est rei usus..., eo ipso quod pecuniae dominium per aequalem pecuniae summam compensatur, compensatur etiam pecuniae usus. (Ecce tibi responsum, ad quod declinare debuit etiam Card. De Lugo, ut sup. vidimus). Ac proinde bis pro usu pecuniae compensationem petit, qui translato dominio pecuniae et recepturus postea aequalem summam, petit praeterea compensationem peculiarem pro pecuniae usu..., qui sufficienter alias una cum dominio pecuniae compensandus est per aequalem summam capitalem ».

Et concludit: « Ac sane isto modo proposita et explicata haec ratio, firmissima est, nec potest ullo modo labefactari ».

Verum itidem ad hoc argumentum respondebunt alii, compensationem peti pro incommodo, quod ex pacto mutuans sibi assumit carendi re sua et facultate utendi ipsa. Ergo falsum est, aut solvi pro eo quod non est, aut bis solvi pro eadem re.

310. Hinc patet, quo vitio laboret argumentum, quod alii sic proponunt: « Quando vendis equum pro pretio iusto, non poteris quidquam amplius petere pro iure utendi equo; quia totum hoc existimatur, quando aestimatur valor equi ». Ita Lugo disp. 25. n. 10.

Quod idem argumentum alii sic proponunt: absurdum est et iniquum, quod quispiam dum vendit panem, exigat pretium pro pane et dein pretium pro commoditate aut utilitate, quam emptor ex pane percipit. Quo argumento usus est et Tapparelli.

At vero alii negabunt paritatem casus. Nam qui vendit equum aut panem, recipit pretium, quod aut pecunia erit, si ea vendantur, aut alia quaepiam res, si facta sit permutatio. Ergo nihil ulterius praeter iustum pretium potest exigere, quia commoditas utendi aut equo aut pane, qua se commoditate venditor abdicat, compensatur commoditate utendi pretio vicissim recepto: dum vero pecunia mutuo traditur, commoditas, qua se abdicat, nullam habet compensationem; cum tamen, quippe *onus pretio aestimabile*, compensationem mereatur.

311. Et placet heic subdere, quomodo Lugo se expedire conetur ab alia difficultate. Inde enim eo magis patebit meritum seu conditio huius quaestionis.

Loquens de ratione a quibusdam allata, cur nihil recipi et exigi possit propter obligationem non repetendi sortem intra tantum temporis, nempe

quia sic iustificaretur quilibet contractus usurarius (vid. sup. n. 301. verba Lugo), sic prosequitur: « Haec ratio, inquit n. 18., non sufficit ad solvenda argumenta, nisi declaretur a priori, in quo consistat malitia huius contractus, qui *aliunde apparenter videtur iustus*. Quia qui ad id (scil. *ad non repetendum mutuum*) se obligat, eo ipso privat se *aliquo pretio aestimabili*, nempe facultate utendi sua pecunia per annum ad negotiationem vel lucrum licitum. Sicut ergo ratione lucri cessantis potest aliquid exigere ultra sortem, poterit etiam ratione illius obligationis ad carendum facultate lucrandi. Neque enim solum lucrum cessans est pretio aestimabile, *sed etiam facultas ipsa lucrandi est pretio aestimabilis*, etiamsi aliquis ea facultate usurus de facto non esset, neque aliquid lucraturus. Nam si habeas agrum, quem neque colis neque intentionem colendi vel locandi habes, si tamen aliquis velit te obligare ad non colendum eum agrum per duos vel tres annos, quia hoc in eius utilitatem cedit, tu poteris licite pro ea obligatione pretium accipere, non quidem ratione lucri cessantis, quia de facto nullum tibi lucrum cessat; sed quia illa ipsa obligatio ad non lucrandum est pretio aestimabilis. Qui ergo potest intra annum repetere suum mutuum et ea pecunia uti ad lucrandum..., potuit pretium accipere pro ipsa obligatione ad non lucrandum nec repetendum mutuum, licet ea de causa nullum illi lucrum cesset; sed quia obligatio ad non lucrandum et carentia illius potestatis est aliquid pretio aestimabile. *Quod pretium non accipitur ullo modo pro pecunia mutuo data;* haec enim solvitur sufficienter alia pecunia aequali postea reddita: sed accipitur pro carentia potestatis ad repetendum et lucrandum per tantum tempus; *quae carentia potestatis videtur de se aestimabilis* ». Ecce obiectio solvenda et candide proposita.

312. Affert dein responsionem alienam sic n. 19.: « Ratio, quam communiter afferunt ad negandum, hoc licere, est; quia carentia talis potestatis... est de ratione intrinseca mutui. Si ergo nihil potest accipi pro mutuo, non poterit etiam pro obligatione ad non repetendum: quia sicut mutuum est gratuitum, ita obligatio illa est gratuita... *Omne enim mutuum affert secum obligationem non repetendi per aliquod tempus*, alioquin esset merum precarium ».

313. Quid de hac responsione candidus Lugo? Ita plane n. 19.: « Haec responsio bona est *et sufficiens ad hominem* contra eos, qui fatentur, pro mutuo seu pro actione mutuandi non posse pretium accipi... Sed tamen contra eos, qui negarent, usuram esse iure naturali illicitam, *supponitur* (id quod est) *probandum;* quia ipsi argumento supra facto contendunt, pro mutuo posse aliquid accipi ultra sortem; quia in mutuo ultra pecuniam datam, quae aequali pecunia compensaretur, intervenit obligatio illa ad non repetendum per aliquod tempus, *quae obligatio est pretio aesti-*

mabilis, etiamsi de facto non sit lucrum cessans: ut probare videtur exemplum agri non colendi a domino, qui tamen potest pretium accipere pro obligatione illa non colendi; quia potestas illa, qua se privat, est vere *aliquid pretio aestimabile.* Si ergo *omne mutuum includit intrinsece illam obligationem,* iam includit aliquid, pro quo ultra sortem possit accipi lucrum ».

314. Postquam tam candide Lugo difficultatem, unde illa prior responsio eliditur, exposuit, subiicit tres rationes, propter quas Salas negat, quidquam recipi pro illa obligatione posse. Et prodest sane eas audiisse; quia his inspectis eo clarius patet status huius causae.

« Prima est, inquit Lugo eas referens n. 20., quia ex hoc sequerentur eadem inconvenientia, quae sequuntur ex usura. Sed (advertit Lugo) haec ratio, ut dixi, non sufficit contra eos, qui negarent usuram esse illicitam iure naturae ».

Secunda est, quia obligatio illa carendi pecunia et non repetendi mutuum sufficienter compensatur illo commodo, quod mutuans habet, quatenus si res mutuo data pereat, non eius damno perit sed mutuatarii. Haec tamen ratio (subsumit Lugo) frivola est; quia pro nihilo hoc commodum apud homines aestimari solet et merito; quum vix unquam occasione mutui creditor magis tutam rem suam habuerit et passim ea occasione totam vel partem mutui amittat, nolente vel non potente mutuatario solvere ».

« Tertia ratio est, quia obligatio, quae non est incommoda mutuanti, qualis est haec, non est pretio aestimabilis. Haec etiam ratio (reponit Lugo) impugnatur exemplo supra adducto illius, qui agrum suum non colit, nec habet animum eum colendi, et tamen potest pro pretio obligare se ad illum non colendum. *Sufficit ergo,* quod obligatio possit aliquod incommodum aliquando afferre, ad hoc ut pro ipsa pretium possit accipi ».

315. Quid ergo Lugo substituit hisce rationibus, quas inefficaces ipse censet et ingenue fatetur? Videlicet rationem, quam superius iam exposuimus.

« His rationibus omissis, inquit n. 21., insistendum videtur rationi adductae... eam magis explicando et dicendum, ideo pro hac obligatione et onere non posse aliquid amplius recipi, quia totum hoc solvitur ad aequalitatem solvendo mutuum et reddendo tantundem postea mutuanti »: quia nempe, ut vidimus, simul cum re restituitur facultas utendi et sic compensatur (!) praecedens carentia. Praeiverat Valentia scribens disp. 5. q. 21. punct. 1. §. 2.: Utilitas, qua se mutuans privat... et opportunitates commodorum, quales semper comitantur pecuniam, sufficienter compensantur per aequalem summam alio tempore reddendam a mutuatario, utpote quam etiam eiusmodi commoditates et opportunitates comitantur ». Pergit

Lugo: « Ex hoc ergo capite, inquit n. 24. non potest quicquam amplius a mutuante exigi pro facultate illa, qua se privat utendi pecunia hoc anno, cum postea alia aequalis pecunia cum facultate simili et eiusdem valoris a mutuatario reddatur, qua compensatur et pecunia et facultas utendi prius data et qua mutuans se hoc anno privavit ». Quae an solide dicantur, iam vidimus.

316. Sed quid respondet exemplo agri ex obligatione non colendi? Sic omnino ibid.: « Nec simile est in omnibus exemplum illud in contrarium adductum de domino agri obligante se ad illum non colendum hoc biennio, pro qua obligatione potest pretium recipere, etiamsi de facto non habeat animum illum colendi; quia tunc pro illa obligatione, quae pretio aestimabilis est, non accipit dominus aliquam aliam obligationem, vel aliquid aliud eiusdem valoris ab illo, in cuius gratiam se obligavit, quo compensetur prior illa obligatio. In mutuo autem illa obligatio non utendi pecunia sua hoc anno, LICET FATEAMUR ESSE PRETIO AESTIMABILEM, compensatur tamen ad aequalitatem, quando mutuatarius reddit aliam pecuniam similem cum facultate utendi in perpetuum et cum obligatione simili ex parte mutuatarii ad non utendum postea pecunia illa: quae obligatio aequivalet illi priori obligationi, quam mutuans in eius gratiam subierat... ».

317. Verum plane dicendum, exemplum agri satis omnino simile in rem nostram esse. Nam reddere ad aequalitatem est reddere tantum quantum datum est. Atqui dominus agri plane tantundem recipit, quantum dederat. Etenim hoc tantum dederat ex pacto ut per duos annos abstineret ab agro colendo et hanc a se libertatem seu facultatem in gratiam alterius ademerat: post duos vero annos ipsi sua libertas et facultas plane redditur integra, qualem renunciaverat.

Deest solum, quod restitutio non fiat manu illius, in cuius gratiam onus susceptum est. At sume aliud exemplum. Sane quoad onus pretio aestimabile perinde est, si paciscaris de pecunia per annum mutuanda, sive de servanda penes te ita, ut ea non utaris; pari enim modo te privas facultate utendi quae est pretio aestimabilis. Absoluto autem biennio pari modo tibi redditur facultas.

318. Ex hisce autem manifestum erit, in quo peccat argumentum prout primo illud proponit idem Lugo n. 10. Summa argumenti est, iniustum esse, ut plus recipiatur quam res valeat. Non potest ergo recipi 12., si 10. dedisti. Verum occurrendum erat difficultatibus, per exclusionem rationum, ob quas iuste exigi aliquid videretur.

Porro ita Lugo eas rationes excludit. « Dices posse accipi pro commoditate, quam mutuatarius accipit ex mutuo. Sed contra, quia commoditas alterius contrahentis non debet augere pretium: ut si vendis rem

valentem sola 10., non potes petere 12. propter commoditatem specialem, quam emptori affert, vel propter necessitatem quam rei illius habet ».

« Similiter non potes aliquid exigere propter voluntatem gratuitam mutuandi: sicut neque venditor potest ultra rei valorem aliquid ulterius petere pro voluntate vendendi ».

« Restat ergo, quod illud amplius accipiatur pro usu pecuniae mutuatae, quem concedis mutuatario et hoc quidem repugnat iustitiae; quia quando aliquid transit in dominium plenum alterius, eo ipso transit in eundem ius plenum utendi, neque hoc ius auget pretium rei: quando enim taxatur pretium iustum rei alicuius, aestimatur res tota cum suo pretio ».

Omittamus nunc ea, quae ex aliis capitibus animadverti de his possunt et unice adnotetur vitium capitale. Dicit Lugo: « *Restat ergo* quod illud etc. ». Recte alius reponet, *Nego consequentiam:* nam praeter commoditatem emptoris, praeter gratuitam mutuandi voluntatem et praeter usum rei mutuatae, restat obligatio illa, qua quis ex pacto se privat facultate re sua utendi, de qua deinceps Lugo agit, quamque fatetur insitam esse cuilibet mutuo et esse *pretio aestimabilem,* atque adeo dignam compensatione.

In enumeratione eorum, quae excludenda videbantur, non peccavit Valentia tom. 3. disp. 5. q. 21. punct. 1. §. 2. et novem recenset capita, quae excludit atque in his etiam titulum utilitatis seu oneris, quod ex pacto sibi assumit mutuans. Verum inefficaciter excludit, ut videre est in verbis eius superius n. 316. descriptis.

319. Porro ex hactenus dictis non solum ostenditur, nullam esse efficacem rationem, cur intrinsece malum sit (si abstrahas a natura mutui, quod gratuitum esse debet) percipere aliquid ex pecunia ad utendum tradita; sed sua sponte se prodit consectarium circa alium contractum, diversum a mutuo, vi cuius ex pecunia ad utendum tradita lucrari aliquid liceat.

Namque si praemissa conficiunt, lucrum illud intrinsece malum evinci non posse, hoc igitur iam tenemus, ex iure naturae hunc contractum, quocumque tandem nomine appelletur, non esse illicitum.

Verum qui hanc doctrinam tuentur, illam positive quoque evincere sic contendunt aut possunt contendere.

320. Ut in contractu iustitia servetur, opus est, ut adsit aequalitas. Ut enim habet s. Thom. 2. 2. q. 57. art. 1., *iustitia importat aequalitatem quandam.*

Atqui in contractu, quo pecunia ex pacto pro certo tempore ad utendum traditur, non servatur aequalitas, nisi praeter redditam summam, quaepiam alia accedat compensatio ex iustitia.

Ergo in eiusmodi contractu quaepiam compensatio ex iustitia exigi et recipi potest et alter, nisi liberaliter condonetur, solvere eam ex iustitia tenetur. Probatur Minor. Ibi non servatur aequalitas, ubi aut merces non redditur impenso servitio, aut recompensatio negatur damnis seu incommodis alterius causa ex pacto susceptis. Atqui nisi simul cum summa seu sorte lucrum aliquod seu compensatio reddatur in dicto contractu, tum merces negaretur servitio impenso, tum compensatio negaretur incommodis aut damnis in alterius gratiam ex pacto susceptis. Ergo nisi compensatio praeter sortem accedat, non servatur in eo contractu aequalitas.

Quoad Maiorem nulla potest esse difficultas. Huc spectat Regula 55. Iuris in 6°: « Qui sentit onus, sentire debet commodum et e contra ». Itemque l. *Secundum* 10. Dig. *de Regulis Iuris:* « Secundum naturam est, commoda cuiusque rei sequi eum, quem sequuntur incommoda ». Veruntamen utramque partem confirmare iuvat sententiis s. Thomae.

321. Quoad 1. partem habes haec dissertissima 2. 2. q. 57. art. 1.: « Illud in opere nostro dicitur esse iustum, quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri, puta recompensatio mercedis debitae pro servitio impenso ». Huc spectat et quod habet alibi *de Mal.* q. 13. artic. 4. ad 5.: « Obligare certo pacto ad recompensandum beneficium est proprium amicitiae utilis et ideo non debet obligari ad plus reddendum quam accepit ».

Quoad 2. partem habes illa 2. 2. q. 62. art. 4.: « Damnum dicitur ex eo, quod aliquis minus habet, quam habere debet... Tale damnum est semper restituendum secundum recompensationem aequalis ». Et rursus *de Mal.* q. 13. a. 4. ad 14.: « Duplex est interesse. Quoddam quidem ex eo, quod aliquid non adest, quia scilicet non acquisivit, quod acquirere potuisset... Aliud est interesse ex eo quod aliquid abest, quia scilicet aliquid subtractum est alicui de hoc quod habebat et de tali interesse nascitur obligatio ».

322. Ergo superest probanda solum Minor, scil. in eo contractu et servitium impendi aestimabile pretio et itidem incommodum suscipi pretio aestimabile.

Porro quod interveniat quidpiam pretio aestimabile, 1° quidem probatur ex unanimi doctorum sententia, qui simoniacum pretium putant adesse, quando Episcopus sive pro *mutuo accepto* sive pro dilatione solutionis concessa, ex pacto confert v. gr. Ordines vel beneficium. Atqui simonia non esset, nisi foret aliquid pretio aestimabile et comprehenderetur illa recensione *muneris* vel a manu, vel a lingua, vel ab obsequio. Et reipsa Iurisconsulti mutuationem reponunt inter munera *a manu*. Vid. Reiffestuel in 5. decr. tit. 3. n. 59. et Pirhing ibid. n. 136.

323. 2° Probatur ex unanimi itidem DD. sententia, ubi usurarium dicunt contractum, si quidem ille, qui mutuum dat, ex pacto alterum obliget ad remutuandum.

Attendatur doctrina s. Thomae 2. 2. q. 78. art. 2. « Quicumque ex pacto tacito vel expresso quodcumque aliud acceperit, cuius pretium pecunia mensurari potest, simile peccatum (usurae) incurrit ».

Porro ibid. ad 4. subdit: « Repugnat autem ei obligatio ad mutuum faciendum in posterum; quia etiam talis obligatio ad mutuum faciendum *pecunia aestimari posset*... Et ideo non licet eum obligare ad mutuum in posterum faciendum ».

Et ne quis putet, pretio aestimabile dici solum obligationem, non vero rem, ad quam obligatur, occurrit doctrina s. Thomae ibid.: « Recompensationem vero eorum, quae pecunia non mensurantur, licet pro mutuo *exigere*, puta benevolentiam et amorem eius, qui mutuavit, vel aliquid eiusmodi ».

324. 3° Ex superius disputatis vidimus, omnes pariter doctores consentire, onus, quod in se suscipit mutuator, privationem scilicet rei suae et facultatis illa utendi ex pacto, esse aliquid pretio aestimabile et aliquid pretio aestimabile fatetur s. Thomas esse commodum, quod alteri fit, ubi inquit in 3. dist. 37. q. 1. art. 6. ob. 2.: « Constat, quod ille, qui alicui pecuniam mutuat, aliquod commodum ei facit. ». Atque in 4. disp. 25. q. 3. art. 3.: « Emptio vel venditio consistit non solum in datione et acceptione pecuniae, sed omnium eorum, quorum potest pretium numismate mensurari. In his enim est liberalitas secundum Philosophum. Constat autem quod in eisdem est liberalis datio et venditio, quae est ei contraria. Omnis autem temporalis commodi pretium potest numismate mensurari et ideo quicumque pro temporali commodo dat aliquod spirituale vel ei adnexum, simoniam committit ». Et utique respondet s. Thomas, non secus ac vidimus responderi a Lugo, Valentia et aliis, beneficium hoc compensari ex recuperatione pecuniae datae. Sed simul vidimus, id non recte dici.

325. 4° Denique etsi non haberemus hunc DD. consensum, res ipsa per se duo proclamat: scilicet 1° commodum illudque magni momenti praeberi per hanc pecuniae concessionem: 2° aequum esse, ut pro commodo aliquid rependatur.

Et quidem pretio habentur digna non modo commoda, quae solidam aliquam pariunt utilitatem, sed etiam ea, quae meram aliquam voluptatem suppeditant. Sic nemo damnat iniustitiae eum, qui pretium exigit, ut ostendat ursos, catellos saltantes aut simium: sive qui equis ludit aut in chorda ambulat (funambulos dicimus): vel qui pilis ludit aut laternam magicam ostendit, aut locum commodum praebet ad visenda spectacula etc.

Quid vero, quod pro ipsa pecunia concessa ad ostentationem concedunt, recipi mercedem posse? Et cum hoc concedant, nonne sensum communem oppugnat, si quis deinde negat posse recipi quidpiam in casu nostro? Certe cum concedis pecuniam ad ostentationem, concedis, uti patet, pecuniam tuam ad usum restrictissimum, limitatum, exigui plane momenti. Et si digna mercede putatur concessio usus ad solam ostentationem, iniusta erit merces, si non ad eum usum restringatur, sed plenissima fiat utendi facultas?

326. Atqui, inquiunt, ratio est, quia in altero casu non transfertur dominium et tunc usus cedere debet in utilitatem tradentis rem, qui est dominus: in altero transfertur dominium et tunc usus fit proprius alterius. Et sic subtilitates istae efficiunt, ut pro minori imo levissimo ac minimo benefacto et commodo recipere possim mercedem, recipere vero non possim pro beneficio ingenti ac plane maioris momenti. Si do pecunias ad meram ostentationem, recipere possum mercedem : si do tum ad ostentationem, tum ad liberandum e carcere ob non factam solutionem, licet cras recipere debeam, non possum?

Atqui subtilitates, quae ad eiusmodi absurda adducunt, semet plane ostendunt aliquo vitio infectas; neque enim principia recta ad absurda consectaria deducere possunt. Et recte aliquis posset concludere, merito plus exigi, quando gratis transfertur plena facultas utendi re aliqua, prout solet definiri dominium, quam si concedatur partialis aliquis usus, quem translatio illa dominii eminenter comprehendit.

327. Verum hinc patet duo superesse inquirenda. 1° Verene dicitur transferri in contractu mutui dominium?

2° Repugnatne posse pecuniam ita tradi alteri utendam, dominio tamen pecuniae retento?

Incipiamus a prima quaestione perpendenda et sic apparebit cuius ponderis sit argumentum, quod unicum aliquam praefert speciem verisimilitudinis, nempe eum, qui pecunias alteri utendas seu *ad interesse* tradit, dominium in alterum transferre atque adeo iniustum esse, ut vel mercedem ob usum vel fructum exigat rei, quae amplius sua non est, sed alterius, ad quem propterea et usus et fructus ex iure naturae pertinent. Posset reponi, nos non ex fructu rei repetere originem pretii solvendi, sed ex comodo aliis comparato et ex incommodo ab aliis suscepto : quae duo ex omnium consensu sunt pretio aestimabilia. Sed haec modo mittamus.

328. Quaeratur itaque in primis, si quandam summam pecuniae alteri *concedo ad interesse*, amitto ne ipsam? meane remanet, an aliena?

Profecto hanc summam seu melius hunc valorem ego possum, nemine contradicente, alteri aut donare aut vendere, quasi rem meam, testamento

heredem illius aliquem statuere, fideicommissum ex ipsa statuere, ludendo dissipare, uno verbo de ea pro arbitrio plane disponere. Ita sentiunt, ita loquuntur omnes homines et dicunt, suam esse summam. Atqui haec nec fieri nec dici possent, siquidem dominium eius a me abstractum fuisset.

Ut res veluti manu palpetur, fingamus heic praesentes Caium et Sempronium, quorum uterque universam substantiam suam, computatis omnibus bonis sive mobilibus sive immobilibus, fateatur pertingere ad centum talenta. Aeque igitur divites supponimus, parem substantiam possidentes.

Finge nunc Caium dedisse mutua Sempronio quinquaginta talenta. Quaere quanta est post mutuum acceptum substantia Sempronii? Dicet, substantiam suam constare 100. talentis. Quanta vero est Caii post datum mutuum? Et ipse dicet, sibi substantiam suppetere centum talentorum. Ergo nec Caius amisit, nec Sempronius acquisivit dominium quinquaginta talentorum, quae mutuo data fuerunt.

329. Et sane, ut id, quod meum est, mihi auferatur et fiat alterius per aliquem contractum (quod est transferri dominium vi alicuius contractus), plane necessarium est, ut consensus meus in hanc translationem accedat. At enim interroga hominem quemlibet, qui pecuniam suam dederit ad interesse, utrum censuerit ac voluerit per id a se proprietatem substantiae suae abdicare? Negabit profecto: dicet adeo abesse, ut voluerit alienare substantiam, e qua reditus speratur, ut imo voluerit reditum sibi constituere. Dicet, contractus, quibus dominium abdicatur, esse venditionem ac donationem: se autem nec vendere voluisse rem suam ac multo minus donare.

330. Alio modo quaeramus, an qui mutuum accipit, vere fiat acceptae pecuniae dominus suamque eam substantiam existimet, aut suam dicere possit.

1° Si sua evadit illa substantia, profecto eo ditior in substantiis evadet, quo plura accipiat mutua. Atqui contra est: quo maiorem habet copiam substantiarum mutuo acceptarum, eo se miseriorem existimat et merito quidem. Atqui nunquid est eo miserior, quo plures substantias habeat, si vere possit dicere substantias esse *suas*? Ergo non sunt suae neque ut suas censet.

2° Tenetur ne quispiam res suas alteri restituere? Minime gentium. Atqui mutuatarius tenetur res acceptas restituere. Ergo suae non sunt.

3° Nunquid aliquis solvit usuras pro re sua? Nequaquam, respondit Seneca *de Beneficiis* lib. 7. cap. 4.: « Nemo (inquit) usuram pro pecunia sua pendit ». Atqui mutuatarius solvit alteri usuras ex iure illo romano, ex cuius sententia (perperam intellecta) concludi solet, dominium transferri.

4° Si mutuatarius sit in mora restituendi, omnes sine controversia damnant ut furem, quippe qui *domino rationabiliter invito rem alienam retinet.* Contra dicimus, eum non teneri furti, si domini consensus praesumi prudenter possit. Ergo non ipse, sed ille, cui restitutio facienda est, dominus creditur et dicitur.

5° Et reipsa si quando mutuatarius substantias suas computare velit, nunquam in eis censet id, quod mutuum accepit. Quia videlicet id non suum est, sed alienum. « Aes alienum est, inquit Ulpianus l. 213. Dig. *de Verbor. significat.*, quod nos aliis debemus; aes suum est, quod alii nobis debent ».

Et reipsa non est haec forma loquendi solius Ulpiani propria, sed est omnium hominum communis. *Aes alienum* enim dicimus debita: hinc phrasis « *gravari aere alieno* » communissime: hinc in ore vulgi illa vox invidiae plena: quod quis aliena pecunia negotiatur (traffica coi danari altrui). Ulpianus addit insuper, quod « *aes suum est, quod alii nobis debent* ». Ergo rursus ex iure romano, unde doctrinam oppositam desumpsisse se putant, plane contrarium eruitur.

331. Imo et ss. Litterae, ut recte observat Maffei lib. 3. cap. 3. pag. 202. hunc loquendi modum servant, quia scilicet rem exhibent, prouti est. Eccl. XXIX. 1. seqq. hortatur ad mutuandum, etiamsi molestias inde mutuans exspectet. Istas molestias et mores inique agentium mutuatariorum sic describit v. 4-8.: « *Multi quasi inventionem aestimaverunt fenus et praestiterunt molestiam his qui se adiuverunt. Donec accipiant, osculantur manus dantis et in promissionibus humiliant vocem suam. Et in tempore redditionis postulabit tempus et loquetur verba taedii et murmurationum et tempus causabitur. Si autem potuerit reddere, adversabitur, solidi vix reddet dimidium et computabit illud quasi inventionem. Sin autem, fraudabit illum* PECUNIA SUA *et possidebit illum inimicum gratis. Et convitia et maledicta reddet illi et pro honore et beneficio reddet illi contumeliam. Multi non causa nequitiae non fenerati sunt, sed fraudari gratis timuerunt* ». Pecunia ergo dicitur *sua*, idest mutuantis.

Et in Novo Testamento Matth. XXV. 27.: *Oportuit ergo te committere pecuniam meam nummulariis et veniens ego recepissem utique* QUOD MEUM *est cum usura.*

332. Ita et Iustinianus Novel. 34. tit. 13. in epilogo: « Et cui fenus ablatum est, hoc habebit solatium, ut ipse quidem securius degat, avarum autem creditorem videat in suis pecuniis patientem iacturam ». Ibi *suae* pecuniae dicuntur pecuniae creditoris, quae mutuo datae non pariebant iniquos fructus, ob legem quam de Agricolis accipientibus mutuum Imperator tulerat, vetans, ne mutui praetextu mutuantes retinerent terras mutuariorum.

333. Sed quomodo conciliari duo haec possunt, ut videatur non transferri dominium, et tamen pecuniae dicantur fieri accipientis, prout non solum innuitur in Institutionibus lib. 3. §. XV., sed non semel expresse dicitur in Digestis *de Rebus creditis* lib. 12. tit. 1.?

Conciliabis haec omnia, si distinguas varias dominii significationes seu species. « Aliud scilicet (ut ait Gothofredus apud Maffei pag. 200.) est dominium *possessionis*, aliud dominium *proprietatis*, quod et solidum et perfectum dominium dicitur ».

Huc scilicet revocanda sunt quae diximus de *dominio perfecto* deque *utili* ac praeterea quomodo possideri res possit ab eo, qui nec ius proprietatis nec dominium utile habet, idque bona vel mala fide; unde appellationes possessoris bonae fidei, vel possessoris malae fidei. Et quomodo plures sint, qui vero aliquo sensu *domini* rei alicuius appellantur nec tamen excludunt alterius dominium, uti v. gr. contingit in feudis vel in emphyteusi.

Insuper non omittenda heic, quae alibi diximus de modo acquirendi *dominium* per accessionem, adiunctionem, mixtionem, confusionem, adeo ut rerum alienarum, quin et furtivarum, vel alias iniuste acquisitarum, dominium acquiratur.

Hinc et alias vidimus, quomodo doctores agentes de fure, qui frumentum furtivum vel furtivam pecuniam miscuit cum sua, dissideant inter se, dum alii volunt dominum rei sublatae ius habere in re super universum cumulum, alii vero negant.

334. Haec omnia utique prae oculis habenda nec sequenda methodus eorum, qui v. gr. universim quaestionem diremptam putant hoc argumento: « Si res mutuata casu pereat, perit domino; atqui in casu perit mutuatario: ergo hic est dominus. Ergo translatum est dominium ».

Responderi enim potest, quod ex eo, quod res pareat uni potius quam alteri, hoc solum deduci potest, periculum rei ad ipsum spectare: falsum est autem pro eodem habendum esse duo haec, dominum esse rei et teneri periculo rei: nam multoties fit ut quis teneatur periculo rei, nec tamen sit rei dominus.

Duplex exemplum nobis suppeditant Digesta, et quidem ubi agitur de mutuo. Ita l. 4. Dig. *de Rebus credidis:* « Si quis nec causam nec propositum fenerandi habuerit et tu empturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses, *hoc depositum periculo est eius, qui suscepit.* Nam et qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit ».

Ita et leg. 11. eiusd. tituli: « Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem;

ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris, prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est? Mihi videtur Nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse et maxime, si sine usuris credidi ».

335. Ut rite intelligatur, quomodo et quale dominium pecuniae mutuatae transferatur, huc advocetur, quod quotidie fieri circa bona dotalia solet, quando dos ipsa numeratis pecuniis continetur.

Profecto quando sponsus accipit dotem, pro hac obligat massam bonorum suorum liberorum atque in subsidium etiam bona *fidei commissa:* exinde accepta pecunia utitur pro arbitrio suo eamque aut negotiatur aut dissipat, aut in alia bona eam commutat. Quaerimus: sponsa amittitne dominium dotis suae? Certum ius est: dominium directum penes sponsam manere, administrationem vero et usumfructum ad maritum spectare. Ergo sponsa proprietatem et dominium dotis nullatenus amittit. Atqui nonne amittit dominium pecuniae, quae consumitur? Respondetur distinguendo: amittit dominium etiam proprietatis in pecunias quatenus sunt haec massa metalli seu signum valoris, *C.:* in valorem ipsum, *Nego.* Amisit itaque dominium in pecunias, acquisivit dominium in massam bonorum omnium mariti indeterminate pro quota dotis suae: *indeterminate* inquam; quia non potest dicere, haec domus, hic ager, hae merces, haec mobilia sunt mea, sed potest dicere: sum domina directa bonorum mariti pro valore dotis meae.

Idipsum plane dicitur, si v. gr. roges amicum ut duo modii tritici tui misceantur cum octo modiis tritici alterius. Alter acquirit dominium tritici mei per mixtionem; atqui num amitto dominium tritici mei? minime: sed ius meum extenditur in aliud obiectum, videlicet transit in universam massam frumenti indeterminate pro quota parte, quam tradidi.

In his scilicet aliisque eiusmodi casibus, dominium non amittitur, sed transfertur: amittitur quoad individuam rem, quae traditur, retinetur quoad valorem, qui in alio obiecto residere vel in industria quoque alterius censetur.

336. Haec in rem nostram transferantur.

1° Cum mutuam pecuniam tradis, substantiam tuam profecto amittere et abdicare proprietatem valoris non vis. Ergo hoc ius in rem tuam retines.

2° Vis tamen dare utendam: usus autem nullus est pecuniae, quae

inventa est pro commutationibus, nisi distrahatur. Ergo consentire debes, ut cesset dominium in pecuniam, quatenus est massa haec metalli et in aliam materiam indeterminatam transferatur.

3° Neque tamen cessat ratio rei traditae ad merum usum. Tunc enim id servatur, quando eadem tibi restituitur post usum concessum. Eadem autem censetur pecunia tibi restituta; quia idcirco hae res dicuntur *fungibiles,* quia altera alterius locum ac vices iure explet ac tenet. Non restituitur idem corpus, sed idem quoad valorem in eodem genere et quidem in iis rebus, in quibus non corpus reputari solet, sed valor.

337. Locatio igitur locum habere poterit quoad valorem, quod appellant *Capitale* et dici potest etiam generaliter *bonum fortunae* seu *substantia fortunae.* Nummi vero nihil erunt aliud, nisi signum seu repraesentans eiusdem substantiae, cuius nulla habetur ratio quoad contractus naturam.

Et hoc vel inde elucet manifeste, quod possessor nihil sollicitus est, num ipsi tradantur nummi, potiusquam chirographa aut litterae cambii aut schedae etc., quae solent repraesentare capitalia. Imo ab iis hominibus, qui spectatae fidei fama noti sunt, seu queis communis fiducia favet ac defert, solet exigi mera quaedam subscriptio, seu nominis appositio ad Cambii literas. Et subinde imo fit, ut totum negotium geratur et absolvatur ne uno quidem nummo prolato, sed sola nominis fide.

Porro in his apertissimum est, vane fingi illam dominii translationem, quae unice nitebatur theoriae de *re absumpta.*

338. Alii obiiciunt, nihil in his haberi nisi lusum verborum et eludi rem mutatione vocum.

Resp. Necessario id esse faciendum ac vocem mutandam, quando consuetudo in Ecclesia inolevit, ut nomine *mutui* appelletur solum contractus gratuitus.

Ceterum haud recte obiicitur, solam haberi nominis aut vocis mutationem; habetur enim cum mutatione nominis mutatio quoque rei significatae, ac diversae voces exprimunt contractus diversos. Et sane inepte quis fraudem aut absurdum deprehenderit in eo, quod ex solo discrimine eiusdem rei aut gratis aut onerose praestitae nomen diversum habeant 1° Hospitalitas et mercenaria tecti locatio: 2° Donatio equi et equi venditio: 3° Venditio panis et panis eleemosyna: 4° Commodatio vestium et vestium locatio: 5° Et generatim actus benevolentiae gratuitae, quibus aut opera aut magisterium aut cantus aut quodvis aliud gratis exhibetur, et actus contractus, quibus eadem pretio praestantur.

Ceterum usus proborum docet, exerceri posse liberalitatem; quamvis compensatio aliqua postuletur. Quod probe notandum est contra inanes theorias, quae gratis pecunias aliis praestandas dicunt, quia liberalitas exercenda est.

339. Quoad pretium vero huius locationis seu taxam, sapienter Lessius lib. 2. cap. 20. n. 123-127., « Sicut aliis rebus et oneribus potest aliquod pretium imponi: ita etiam oneri carendi sua pecunia tanto vel tanto tempore. Cum enim pecunia sit instrumentum negotiandi (a) et privare se instrumento suae artis sit pecunia aestimabile; cur non etiam mercatores poterunt carentiae pecuniae pretium aliquod communi consensu imponere, praesertim si ratio boni communis id postulet? Quod autem bonum commune postulet, ut id faciant, probatur; quia cum plurimi praesenti pecunia egeant nec facile possit inveniri, qui velit mutuare gratis (partim ratione periculi sortis vel difficultatis in ea recuperanda, partim ne privet se commoditate...), ratio postulabat ut mercatores communi consensu constituerent veluti certa pretia carentiae pecuniae, spectatis omnibus illis circumstantiis, ex quibus ea carentia possit pro tempore pluris vel minoris aestimari; idque ut passim omnibus constaret, quanti pecunia haberi possit et ne singuli pro suo arbitratu suum interesse suaque incommoda, cum magno mutuatariorum damno, taxare possent. Et hic videtur esse usus Bursae seu Peristylii Antuerpiensis, quo mercatores quotidie conveniunt et habita ratione copiae vel inopiae pecuniae, multitudinis cambiorum, mercimoniorum omniumque lucrandi rationum (in quibus opus est pecunia praesenti) statuunt tum per se tum per suos Proxenetas pretium carentiae pecuniae, quod mercatores mutuantes, pro eo quod tanto tempore sua pecunia careant nec ante terminum constitutum liceat repetere, possint exigere ».

« Hoc pretium interdum est sex pro 100. in annum, aliquando 7. 8. 9. 10. 11. 12.: amplius, quam 12. vetantur exigere constitutione Caroli V. edita Bruxellae an. 1540. 4. Octob..., ubi si quid amplius exigatur, declaratur usurarium. Porro hoc pretium videtur ibidem posse exigere quivis mercator, etiamsi nullum ei lucrum cesset. Primo, quia est iustum pretium carentiae pecuniae inter mercatores; nam pretium iustum rei vel oneris in aliqua communitate est, quod bona fide, causa boni communis, ab illa communitate spectatis omnibus circumstantiis imponitur. Atqui hoc pretium sic imponitur. Ergo. Secundo, quando alicui rei vel obligationi ob iustas causas, quae communiter adsint, est pretium impositum, possum illud exigere, etiamsi mihi talis obligatio non sit oneri imo etiam sit commoda, eo quod communiter tanti aestimetur: ergo etiamsi ex carentia pecuniae per annum non cesset mihi lucrum nec sit periculum sortis; tamen quia huic carentiae ob iustas causas tale pretium est

(a) Pecunia non solum est instrumentum negotiandi, sed omni rei deservit et omni commutationi et cuivis rei comparandae et cuivis actui tum utili tum delectabili tum honesto. — Ergo non est res constringenda ad negotiationem et negotiatores.

impositum, possum illud exigere, sicut et ceteri: sicut pro fideiussione possum exigere pretium communiter taxatum, si quod sit, etiamsi nullum mihi sit periculum, imo etiamsi mihi sit percommoda, cum tamen fideiussio potissimum ex periculo incommodi aestimetur ».

340. Ceterum de hac taxa idem dicendum est, ac generatim de rerum pretio, uti Doctores monent in pari causa quando agitur de taxando pretio censuum.

Porro (prout videbimus infr. ubi de venditione) duplex datur rei pretium *iustum: legale* scilicet seu legitimum et *naturale.* Prius dicitur, quod publica lege seu decreto seu per publicam potestatem taxatum est. Posterius, quod seclusa legis definitione, ex ipsarum rerum natura sumitur, non tamen consideratione absoluta, sed cum habitudine ad multas circumstantias, ad usum humanum, affectionem, voluptatem etc. Vid. Laym. *de Contr.* cap. 17. §. 1. n. 3. 4.

Differunt autem in eo, quod *legale* pretium consistit in indivisibili; ita ut si aliquid amplius res vendatur, iniusta efficiatur venditio et excessus pretii restitutioni sit obnoxius, si lex seu statutum sit iustum. *Naturale* autem non consistit in indivisibili, sed intra latitudinem iusti pretii dividitur in *supremum seu rigorosum, medium seu moderatum et infimum seu pium.* In quo eo maior est latitudo, quo res est pretiosior, ut DD. advertunt.

341. Hisce praemissis de pecunia ad utendum data deservire potest regula, quam DD. statuunt pro censibus et duplicem statuunt (vid. Duardum *de Censib.* ad §. II. Bullae Pii V. quaest. 21. n. 20.).

Prima est: « In terris, in quibus lege aliqua definitum exstat pretium census, non potest minoris vendi. Ratio, quia quaecumque transgressio pretii taxati est contra iustitiam, iusti latitudinem excedens ». Et hoc valet etiam pro foro conscientiae.

342. Secunda est (ibid. n. 55.): « Quando lege aut statuto non est definitum pretium census, tunc standum est pretio naturali et illud pretium dicitur iustum, quod iudicio proborum et prudentum virorum aestimatum fuerit, pro locorum varietate, attenta rei conditione, in qua census constituitur, temporis ad quod emitur et aliis circumstantiis ad pretium aliarum rerum venalium concurrentibus... Unde sicut in emptione et venditione augentur vel minuuntur rerum pretia iuxta copiam vel penuriam rerum, quae venduntur, copiam vel inopiam pecuniarum, multitudinem vel paucitatem emptorum (ut in l. *Pretia rerum* Dig. Ad *legem Falcidiam*); ita quoque in Provincia, in qua census constituitur, ad definiendum eius pretium, considerari debet, an multi sint negotiatores et vigeat negotiatio, sitne copia vel inopia pecuniae etc. Vid. animadv. *Lessii* sup. n. 339.

343. Ceterum etiam pretium legale fuit varium pro variis legibus, quae certe et tempori et reliquis adiunctis congruae ferebantur.

Et interdum quidem censuum pretium constituerunt Romani Pontifices, ut patet per Constitutiones Martini V. Calixti III. Nicolai V. Gregorii XIII. etc. apud Duard. ad §. II. Const. Pii V. quaest. 21. n. 11. 12. Et Clemens VIII. pro statibus Ecclesiasticis quoad census impositos super bonis Universitatum pretium taxavit ad rationem 7. pro quolibet centenario (constitution. affert. ipse Duard. initio tom. I.). Nicolaus V. autem et Gregorius XIII. pro regnis utriusque Siciliae, mediate subiectis Sedi Apostolicae, taxavit seu approbavit census ad rationem 10. pro quolibet centenario (Constit. vid. apud Duard. l. c.).

Idem Duardus (l. c. n. 17-19.) plura exempla refert vel legum civilium, vel consuetudinis, quibus patet, census permissos modo ad rationem 6. pro 100. vel ad rationem 5. pro 100. vel ad rationem 1. pro 15. vel 1. pro 12.; in Galiis autem non toleratos in ratione 1. ad 10. vel 11. nec 1. ad 8. vel 9.

344. Et cum tam varia possint esse adiuncta locorum, temporum, rerum etc., hinc vix est revera mensura aliqua, quae taxari possit.

Proinde in more ss. Congregationis s. Officii semper fuit, ut quoad hosce contractus nunquam pronunciaverit, hanc vel illam taxam iniustam et usurariam esse, utut maxime excessiva videri posset, uti v. gr. 30. pro 100. prouti usitatum scimus penes Sinenses; sed rem ex adiunctis iudicandam semper censuit.

345. Exinde regula generalis: Si lex taxam statuerit, ea servanda est; quod tamen non impedit, quominus exigere plus possis, si lucrum, quo te privas aut damnum, quod incurris ex carentia tuae rei, taxam illam excedat.

346. Si vero nulla exstet lex taxam statuens, sed liberum relinquit contrahendi modum et mensuram taxae; tunc servandum pretium naturale, quod scilicet iustum censetur iudicio prudentum. Et hoc non impedit, quominus iniquum esse possit, licet actio non detur ad repetendum, ubi lex nihil determinat.

347. Si vero nulla sit lex eo sensu, quod nulla lex adsit, quae aut taxam statuat aut generatim lucrum permittat, nisi adsit quispiam specialis titulus, uti v. gr. modo in ditione Pontificia; tunc in conscientiae foro poterit quidem exigi taxa, quam fert consuetudo, vel conditio specialis quorundam adiunctorum: non tamen admittetur a iudice actio ad eam taxam repetendam. Exinde solent hi contractus iniri *ficto* aliquo titulo; quae praxis excusari poterit ob Principis conniventiam. Quanquam qui testantur, ob datas pecunias vere cessantis lucri causam adesse, vero aliquo sensu semper id testantur, quatenus praesertim aetate nostra reipsa occasiones ad manum sint, quibus lucrari quisque pecuniis suis potest.

Concludamus itaque iniustitiam usurae in mutuo ex eo esse repetendam, quoad contractus mutui sit sua natura gratuitus (a).

(a) Fatendum est theoriam istam circa Mutuum quam cl. B. proponit, nonnullis esse obnoxiam difficultatibus et non omnibus omni ex parte probari. Expendamus quaedam.

1. Affirmat B. onus, quod subit qui re sua se privat, se obligans ad eam certo tempore non repetendam, esse quid pretio aestimabile et dignum compensatione, quae alia sit a simplici restitutione rei acceptae, pretium nimirum quoddam vel lucrum praeter sortem. Non negamus acute et erudite demonstrationem deductam: advertimus tamen duo. Primum est: recentiores aliquos (cf. e. gr. Lehmkuhl V. 1. n. 1091. ad III.) haud invitos admittere principium illud de debita compensatione, negare tamen consequentiam, posse scil. exigi aliquid praeter sortem. Aiunt enim compensationem a mutuatario praestari, quatenus ipse in se suscipit periculum sortis; quam responsionem irridet quidem Lugo supr. n. 314., at forte eam non satis accurate perpendit. Nam in primis temperandum est quod dicitur de *privatione usus*, quam subit creditor. Etenim iuri, quod in rem suam habebat, succedit ius crediti erga debitorem, hoc autem iure uti potest vel ad debitum solvendum, vel ad aliquid emendum vel alteri gratiam conferendam etc., quod nostra aetate maxima cum facilitate agitur: caret vero semper, quandiu mutuum durat, usu numeratae pecuniae (si tamen eam tradidit), qua identidem libenter uteretur. Verum et mutuatarius beneficium aliquod reale praestat, praeter restitutionem sortis, quod est pretio dignum. Supponimus sane non intercedere *lucrum cessans* aut *damnum emergens* aut *periculum sortis;* nam in aliqua ex his hypothesibus iure exigi quidpiam praeter sortem convenit inter omnes. Si autem nullum est periculum sortis amittendae, hoc ideo est, quia promissio mutuatarii restituendae sortis continet implicite assecurationem eius, quae frequenter explicita fieri solet, oblata hypotheca. Iam vero assecuratio sortis est res pretio aestimabilis; nam et fideiussio, ut omnes concedunt, est pretio aestimabilis: cuius assecurationis aestimatio cur non aequivalet, non dicam usui, quo te privas; tunc enim intercederet causa lucri cessantis vel damni emergentis, sed simplici potestati utendi, quae alioquin otiosa maneret? Fac divitem, qui plura latifundia possidet, egere numeratae summa pecuniae, qua e. gr. debitum solvat vel fundum emat eamque petere ab alio divite, qui nummos reconditos plurimos apud se servat neque summa postulata eget aut est usurus, petere illum autem statuta hypotheca super aliquo ex suis fundis; an accepta hac assecuratione conditio mutuantis, eo quod se privat sua pecunia, fit peior? nonne potius fit melior et ideo melior, quia securior quod pecuniam praestitam? Cum ergo mutuator nullum patitur lucrum cessans aut damnum emergens et mutuatarius, qui solvendo est, suscipit in se periculum sortis, hic beneficium quoddam, hac susceptione periculi, praestat mutuatori; non autem apparet, cur hoc beneficium non respondeat illi incompletae privationi potestatis utendi, quam subit mutuator. Nam et mutuatarius aliqua potestate se privat in commodum mutuantis, utendi nempe aut usufruendi libere, sicut prius, re oppignorata; si enim eam vendit, minoris vendere debet, propter onus hypothecae. Etsi autem nullum pignus aut hypotheca intercedat, si tamen periculum (periculum, inquam, quod iuxta prudentum existimationem praevideri potest, cuius tantum in contractibus ratio haberi solet, quodque maius sit, quam illud, quod sors apud creditorem subiisset), sortis non exstat apud mutuatarium, eo quod is sit certe solvendo, iam reapse aliquid aequivalens mutuator semper praestat, cuius bona obligata manent creditori; ex iis enim solutio debiti facienda est. Qui ergo obiicit in mutuante obligationem non repetendi sortem, consideret et in mutuatario periculum susceptum h. e. obligationem restituendi sortem, etsi casu pereat et eo casu, quo periisset quoque apud mutuantem et etiamsi mutuatarius ea non sit usus.

Alterum, quod advertere volumus, hoc est, nimirum compensationem pro priva-

348. * Declarata mutui natura pronum est alias in hac re morales quaestiones expedire: de quibus A. ress. 11. 17. 18.

---

tione dictae potestatis utendi, quaecumque illa sit, non bene vocari *lucrum;* aliud est enim compensatio, aliud lucrum. Nam *compensatione* tibi facta, non habes amplius, quam prius habebas: per *lucrum* vero, accedit aliquid, quod prius non erat, substantiis tuis. Rectius ea compensatio vocatur *pretium*. Nihilominus, quia in praesenti casu, potestas ea, pro qua compensatio petitur, est in alio genere a pretio, quod solvitur, ita ut vere substantiis tuis aliquid accedat, ideo compensationem eam exigens, lucrari diceris. Veruntamen non erit forte abs re huius distinctionis inter compensationem et lucrum meminisse, cum monumenta ecclesiastica perpendemus.

2. Difficultas potissima est in interpretatione legum ecclesiasticarum veterum, collata recentiore praxi Romanae Sedis.

Veteres leges continentur canonibus Conciliorum Lateranensis 3. et 4. et 5., Lugdunensis sub Gregorio X, et Viennensis. His proscribitur *crimen usurarum, usurarum vorago, quae facultates exhaurit, detestanda usurarum lucra, crimen, super quo dispensatio nulla fieri potest, pravitas contra iura divina pariter et humana, ut tanquam haereticus sit puniendus, qui pertinaciter affirmare praesumat, exercere usuras non esse peccatum* et poenae gravissimae decernuntur contra *usurarios* seu *feneratores.* Cf. tit. de Usuris l. 5. Decret. et in 6. et in Clement.

In decretalibus l. 5. tit. 19. *de Usuris* ex capp. 1. 8. 10. colligitur usuram in eo esse, ut aliquid praeter sortem ab eo exigatur, qui sortem contractu mutui recepit.

Clarius in Conc. Later. 5. « Ea est propria usurarum interpretatio, quando videlicet ex usu rei, quae non germinat, nullo labore, nullo sumptu nullove periculo lucrum fetusque conquiri studetur ». Cum dicitur *ex usu rei,* intellige eum usum, quo alter re sibi mutuo data utitur.

Oportet ergo 1. ut res sit, quae non germinat, sive germinatio sit per se sive per accidens: 2. nullus labor, nullus sumptus mutuantis interveniat nullumque periculum sortis. Habes proinde titulos, quibus cohonestatur actus, quo aliquid accipitur praeter sortem, ita ut non sit usura h. e. usurae crimen hique sunt *labor* mutuantis, puta in conquirenda sorte, *sumptus* (lucrum cessans et damnum emergens), *periculum sortis* aut difficultas eam recuperandi.

Unde colligimus 1° *usurae* nomen, quod per se indifferens est, consuetudine ecclesiastica in prava significatione accipi, ut *lucrum illicitum ex mutuo* significetur. Colligimus 2° Ecclesiam non damnasse universim in mutuo acceptionem alicuius emolumenti praeter sortem, sed id reprobasse, cum nullus eius titulus adest, tunc enim est usura seu lucrum illicitum.

Doctrinam veterum plene proposuit in Encyclica *Vix pervenit* data ad Episcopos Italiae anno 1745. Benedictus XIV., cuius praecipua capita referemus, subiicientes aliquas deductiones. Ait ergo:

I. « Peccati genus illud, quod *usura* vocatur quodque in contractu *mutui propriam suam sedem et locum habet,* in eo est repositum, quod quis *ex ipsomet mutuo,* quod suapta natura tantundem dumtaxat reddi postulat, quantum receptum est, plus sibi reddi velit, quam est receptum ideoque *ultra sortem, lucrum aliquod ipsius ratione mutui,* sibi deberi contendat. Omne propterea huiusmodi lucrum, quod sortem superet, illicitum et usurarium est ».

Verba: *quod suapte natura tantundem dumtaxat reddi postulat, quantum receptum est,* non exhibent definitionem mutui, sed eius quandam necessariam proprietatem. Non esse definitionem ex eo patet, quod idem valeat quoque in *commodato,* in *deposito.* Notio ergo seu definitio mutui supponitur. Et advertendum merito est, neque in hac Encyclica neque in praecedentibus Romanae Ecclesiae decretis occurrere usquam definitionem mutui. Supponitur igitur semper. Quam vero putabimus notionem seu definitionem mutui contractus ab Ecclesia supponi? profecto non

Quaeritur an possit mutuator rem recipere in eadem quantitate et mensura, si quo tempore reddenda est, creverit eius pretium aut plus exigere, si pretium decreverit.

---

censemus nos a vero aberraturos, si dicamus eam definitionem supponi, quae prostat in venerandis Romanorum legibus; solent enim Romanum Ius et Ius Canonicum se invicem complere.

Verba: *quod* (peccatum quod usura vocatur) *in contractu mutui propriam suam sedem et locum habet,* hunc sensum fundunt: usuram, saltem presse acceptam, in solo contractu mutui reperiri. Sane nemo dixerit, sensibilitatem habere propriam suam sedem in homine; quippe quae et in brutis reperitur. Causam huius rei, quod nempe in mutuo usura habeat propriam sedem, docuit Leo X. verbis superius recitatis ex Conc. Lateran. 5.

Ut usura sit, oportet ut *ipsius ratione mutui* exigatur et lucrum quod *ipsius ratione mutui* ultra sortem exigitur, est usura: ergo usura est quoque lucrum, quod, ultra sortem, exigitur ratione eius, quod ipsi mutuo intrinsecum est et essentiale; hoc enim exigitur ratione ipsius mutui.

Usura est *lucrum;* non igitur simplex compensatio: ex contextu autem patet, lucrum vocari quidquid vi mutui exigitur ultra sortem, eo quod in hoc contractu tantundem dumtaxat exigi potest, quantum datum est: quod superest, lucrum usurarium est. Nihilominus de hoc, qualecumque sit, oportet ut vere praedicari possit, quod sit lucrum ita, ut quis vere illud cum sorte recipiens ditior fiat, quam foret si non mutuasset.

II. « Neque vero ad istam labem purgandam ullum accersiri subsidium poterit vel ex eo quod id lucrum non excedens et nimium, sed moderatum, non magnum, sed exiguum sit: vel ex eo, quod is, a quo id lucrum solius causa mutui deposcitur, non pauper sed dives exsistat nec datam sibi mutuo summam relicturus otiosam, sed ad fortunas suas amplificandas vel novis coemendis praediis vel quaestuosis agitandis negotiis, utilissime sit impensurus. Contra mutui siquidem legem, *quae necessario in dati atque redditi aequalitate versatur,* agere ille convincitur, quisquis eadem aequalitate semel posita, *plus aliquid a quolibet, vi mutui ipsius, cui per aequale iam satisfactum est, exigere adhuc non veretur* ».

Perpende principium, ex quo Pontifex argumentatur: *lex mutui est aequalitas inter datum et redditum:* omnes sane contractus, in quibus intervenit datio et acceptio, regit haec lex iustitiae, ut sit aequalitas: lex iustitiae in mutuo est, ut sit aequalitas inter datum et redditum: creditori debitor facit satis reddens aequale. Quod amplius exigitur, restituendum est, ut subdit ibidem Pontifex.

III. « Per haec autem nequaquam negatur posse quandoque una cum mutui contractu quosdam alios, ut aiunt, titulos eosdemque ipsimet universim naturae mutui minime innatos et intrinsecos forte concurrere, ex quibus iusta omnino legitimaque causa consurgat, quiddam amplius supra sortem ex mutuo debitam exigendi ».

IV. « Sed illud diligenter animadvertendum est, falso sibi quemquam et nonnisi temere persuasurum, reperiri semper ac praesto esse ubique vel una cum mutuo titulos alios legitimos, vel secluso etiam mutuo, contractus alios iustos, quorum titulorum vel contractuum praesidio, quotiescumque pecunia, frumentum aliudve id genus alteri cuicumque creditur, toties semper liceat auctarium moderatum ultra sortem integram salvamque recipere. Ita si quis senserit, non modo divinis documentis et catholicae Ecclesiae de usura iudicio, sed ipsi etiam humano communi sensui ac naturali rationi procul dubio adversatur ».

« Neminem etiam (non est ergo haec unica ratio praecedentium) id saltem latere potest, quod multis in casibus teneatur homo simplici ac nudo mutuo alteri succurrere etc. ».

His collatis constat, puto, privationem potestatis utendae rei mutuatae non esse

Seponimus quemlibet titulum, quo, praeter sortem, aliquid fas est exigere et simplex mutuum spectamus.

---

per se in mutuo titulum sufficientem exigendi auctarium ultra sortem: *per se* inquam, h. e. nisi sit ad longum tempus aut accedat vere lucrum cessans aut damnum emergens. Ratio est; quia hic foret titulus intrinsecus mutuo et semper adesset; quae duo negat Pontifex.

V. Notat idem Pontifex per hanc legem mutui non impediri, quominus fideles aliis utique licitis et honestis contractibus, (cuiusmodi sunt e. gr. census, contractus societatis, locatio conductio etc.) fructuosam negotiationem exercere ac lucrum ex suae pecuniae usu comparare sibi valeant.

Habenda est tandem ratio eius quod subdit: « De contractu autem, qui novas has controversias excitavit, nihil in praesentiarum statuimus: nihil etiam decernimus modo de aliis contractibus (e. gr. contractu trino), pro quibus theologi et canonum interpretes in diversas abeunt sententias ».

Porro contractus, de quo tunc controversiae excitatae fuerant praesertim in Italia, ille erat, quem cl. Marchio Scipio Maffei, paulo ante datam 1745. Encyclicam, publico scripto defenderat, probato ab inquisitore patavino anno 1744. quod rursus edidit Romae anno 1746. eidemque dicavit summo Pontifici: contractus nempe locationis pecuniae, cuius valoris dominium retineret creditor, permisso usu debitori, qui idcirco pro usu, tanquam conductor, auctarium solveret.

Unde colligimus, quemlibet posse absque ulla inusta theologica nota vel erroris vel temeritatis defendere eum contractum locationis eosque alios, pro quibus theologi et canonistae in diversas abeunt sententias; nam se de his nihil definire hac sua Encyclica, disserte affirmat summus Pontifex: nondum ergo tenemur huiusmodi contractus spectare veluti contractum illum mutui, de quo Encyclica loquitur. Cave tamen ne inferas: ergo *certum est* contractum e. gr. locationis pecuniae alium esse a contractu mutui nec ibi usuram esse vel palliatam; hoc enim Pontifex non dicit. Dicit se de eo nihil decernere: at id, de quo nunc nihil decernitur, fieri potest ut sit honestum, fieri potest ut sit pravum et spectet ad illud idem genus, quod iam est reprobatum: neutrum affirmatur, neutrum negatur, sive quia nondum res est eliquata sive ob alias extrinsecas causas. Sed possibilis est adhuc alterutra sententia vel absolvens vel damnans et paratos nos esse oportet parere decisionibus Romanae Sedis.

3° Itaque est aperta Ecclesiae doctrina: haud licere in contractu mutui, vi ipsius mutui, aliquod auctarium exigere ultra sortem. Qui ergo factum est, ut nostro hoc seculo Romanae Congregationes adeo frequenter responderint non esse inquietandos eos, qui, praecisione etiam facta a titulo lucri cessantis, damni emergentis, periculi sortis, percipiunt lucrum ex mutuata pecunia sive cum datur divitibus aut negotiatoribus, sive solo titulo freti legis civilis, sive qui simpliciter ex mutuata pecunia lucrum percipiunt, obiicientes sententiam lucro faventem non fuisse damnatam a s. Sede (cf. responsa sup. citata et praesertim respons. S. Poenitent. ad dubia 4. loco proposita ab Episc. Veronensi 14. Aug. 1831.), dummodo parati sint stare mandatis s. Sedis.

Respondent quidam, Ecclesiae decreta usque ad Benedictum XIV. loqui de contractu mutui: hic porro contractus, non secus ac commodatum, est essentia sua gratuitus, quatenus creditor pro privatione, quam patitur, suae rei, nihil exigit: repugnat ergo huic contractui ut a debitore aliquid, praeter sortem, postuletur; nisi causae extrinsecae ipsi contractui aliunde accedant. Iure ergo Ecclesia vetuit et vetat ne vi ipsius mutui aliquid ultra sortem exigatur et hoc pacto damnavit ac damnat usuras. At contractus, qui nunc fiunt et de quibus Romanae Congregationes responderunt, non sunt mutuum illud, quod illa priora Ecclesiae respiciunt decreta; quia vel sunt locatio et conductio pecuniae vel, certe cum creditor nolit gratis contrahere, desciscunt a vera ratione mutui et sunt aliquis alius contractus innominatus. Nulla est ergo contradictio in doctrina et praxi Ecclesiae.

Duplex hypothesis fieri potest. Prior est, quod mutuo nulla stipulatio adiiciatur quoad modum restitutionis. Si ita est, ad *qualitatem* rei red-

---

Scilicet quemadmodum usus rei stabilis potest esse obiectum duplicis diversi contractus, *commodati*, si usus rei gratis concedatur et *locationis*, si pro usu rei pretium exigatur, ita et traditione pecuniae duplex contractus fieri potest: *mutui*, si creditor gratis se privet potestate utendi: *alterius contractus innominati*, si nolit gratis se privare potestate utendi, vel speciatim *locationis conductionis*, si valoris dominio retento vendat solum usum.

Haec explicatio nunquam nobis potuit probari; nam Ecclesiae honor hoc pacto non satis videtur esse in tuto. Demus mutuum esse sua essentia gratuitum: at eadem praestatione rei fungibilis licet alium contractum instituere et auctarium exigere. Quid ergo est, quod Ecclesia tot decretis, poenis, comminationibus perterruit eos, qui in mutuo auctarium poscerent? Quia mutuum est gratuitum. Audio: sed potest quoque praestatione pecuniae alius contractus fieri non gratuitus. Ubi est ergo vitium? Vitium, *si quod est*, erit in nomine. Nam nonne hoc ipso quod exigo *interesse* vel auctarium, clare significo me nolle gratuitum contractum inire ideoque nec illud mutuum, quod tu dicis essentialiter gratuitum? Cur ergo Ecclesia adeo vehementer perculit eos, qui ita se gerebant, pene haereticis accensens feneratores? Nempe quia dicebant, se mutuo dare. Itaque omne peccatum erat in nomine; nam ceterum ille contractus honestus erat: peccatum erat non moris, sed lexici. An putabimus pro huiusmodi lapsu linguae Ecclesiam adeo vehementer exhorruisse et minas ac poenas ingeminasse? Habes exemplum in commodato, quod est pariter gratuitum; at si pro re commodata pretium peto, dices utique me mutare contractum, sed non dices me peccare. Atqui hoc est, quod Ecclesia affirmat, si quid in mutuo, sepositis titulis extrinsecis, exigo praeter sortem. Cur non satis fuit Ecclesiae dicere: mutari contractum?

Diximus: *si quod vitium est;* nam gratis affirmatur *mutui* nomine venisse ea aetate solum contractum mutui gratuitum. Ecclesia nunquam, ut iam advertimus, definivit mutuum, notionem usu receptam supposuit: ea autem notio erat illa, quam leges romanae ferebant. Atqui romanae leges mutuum quoque illud vocabant, pro quo fenus exigebatur atque fenus a legibus permissum. Cf. ll 8. 14. 19. Dig. *de Usuris.* Hinc est quod aiebant veteres scholastici, fenore non tolli naturam mutui sed vitiari. Quid ergo peccabant homines dicentes, se mutuo quidem dare sed velle pacisci auctarium aliquod praeter sortem: si reapse praestatione pecuniae alius, praeter mutuum gratuitum, potest honeste fieri contractus, qui, quamvis mutui nomen retineat, non sit gratuitus?

4° Alia igitur ratio explicationis ineunda videtur. Seponamus modo contractum locationis pecuniae, de quo nihil decernere voluit Benedictus XIV. et mutuum consideremus, de quo Ecclesiae decreta loquuntur, quod est mutuum romanarum legum.

Iuxta romanum ius, mutuum est in re consumptibili, quae transit in dominium accipientis, qui tenetur reddere aequale secundum genus et qualitatem. Si sit in mutuante titulus vel lucri cessantis vel damni emergentis vel periculi amittendae aut difficultatis recuperandae sortis, potest, consentiente Ecclesia, mutuator, non quidem lucrum, sed compensationem proportionatam exigere, habita ratione probabilitatis lucri, damni, periculi at deductis expensis, quas ipse fecisset. Potest quoque adiici poena conventionalis. Si absint omnes hi tituli, non restat nisi privatio potestatis utendi re mutuata, quam privationem subit mutuator. Porro si privatio sit ad longum tempus, permittit quidem s. Alph. exigi aliquid, praeter sortem, in compensationem; quia ea est per se gravis et est etiam extrinseca mutuo, si e. gr. ad tres annos producatur; nam potest esse mutuum absque hac temporis diuturnitate. Postulat quidem mutuum aliquod spatium temporis inter acceptionem et redditionem: idcirco quoddam breve spatium, iudicio prudentum computandum, est de eius essentia; id autem affir-

dendae quod spectat, servandum est, quod habet l. 3. Dig. *de Rebus creditis.* « Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum

---

mari nequit de quolibet longo spatio. Verum, ut iam monuimus, haec sententia non admodum probabilis nobis videtur (cf. not. ad n. 254.).

His vero omnibus sepositis, per se privatio potestatis utendi re tradita, nequit censeri titulus sufficiens ad exigendum quoddam pretium, praeter sortem. Id iam in praecedentibus ostendimus. Nam 1º si auctoritate uti velimus, contradicit Benedictus XIV. qui negat ullum esse titulum intrinsecum mutuo, quo illud exigi possit et negat semper adesse titulum: atqui hic foret titulus reipsa intrinsecus mutuo, ut iam advertimus et semper adesset. Si 2º ratione utimur, satis quoque putamus ostendisse compensationem pro illa privatione exhiberi a mutuatario sufficientem, etsi nullum refundat pretium praeter sortem.

Idcirco non contemnenda videtur ratio, cui insistit Lugo. Nam cum mutuatarius solvit debitum, dat id, quod suum est, cuius est dominus et quod, solvendo, facit esse mutuatoris: dicitur vero reddere; quia aequale antea acceperat et propterea ligabatur debito tantundem solvendi. Porro quemadmodum mutuator rem suam dat et usum eius, pariter mutuatarius rem suam dat et usum eius: discrimen est, quod praestatio mutuatoris fuerit utilis mutuatario et quod praecesserit tempore parem praestationem huius. Atqui pro utilitate parta accipienti, quae sita est in usu rei consumptibilis, cuius proinde usus pretium non est aliud a pretio rei, nequit mutuator aliud exigere praeter id, quod dedit: sola vero anticipatio in dando, etsi sit beneficium pretio aestimabile, compensatur satis periculo sortis suscepto a mutuatario. Ergo.

Hinc apparet, cur mutuum hac proprietate gaudeat, ut sit gratuitum. Dicitur enim gratuitum, non quatenus ex utraque parte non sit onus, sed quatenus excludit lucrum mutuantis. Sane datur res usu consumptibilis et datur atque accipitur, ut consumatur (v. not. *b.* ad n. 223.), quin aliquid ipsa germinet, aliquid scilicet, quod, praeter rem datam, valorem habeat in commercio humano: iustitia postulat, ut qui accepit, secundum aequalitatem compenset; compensatur autem res accepta per redditionem aequalis rei, compensatur mutuatori privatio (non quidem plena, cf. dicta supr.) potestatis utendi per periculum sortis susceptum a mutuatario: nulla est ergo ratio, cur amplius exigatur et si exigitur, lucrum quaeritur ex eo, quod illud non parit et est proinde usurae peccatum.

Dices, haec valere in mutuo, ut aiunt: *consumptivo,* non in eo, quod dicitur *productivum,* cum pecunia accipitur in negotiationem, ad ditescendum. Resp. 1. nos loqui de mutuo, de quo romanae leges loquuntur, ad quod et Ecclesiae canones referuntur. Ceterum 2., quodcumque sit mutuum, vel pecunia non consumitur usu, quatenus *valor* eius censetur permanere et hic est, qui traditur; vel consumitur: si non consumitur, tunc erit locus alteri contractui, ad quem leges mutui non spectant: si consumitur aut consumi dicitur, valebit semper id, quod traditur de mutuo consumptivo, ut illud tantum exigatur, quod traditum est. Profecto fieri potest, quod mox videbimus, ut rei traditae, praeter valorem intrinsecum, insit alius valor, qui proinde compensandus sit, ex ipsa lege mutui, ut fiat aequalitas: at id non infert, ut *lucrum* aliquod ex vi ipsius mutui exigi possit.

Haec est Ecclesiae doctrina eademque immutabilis, quae permittens in mutuo compensationem propter notos titulos et iubens servari aequalitatem, damnat *lucrum ex ipso mutuo* seu *vi mutui ipsius* quaesitum.

Quaenam ergo est ratio praxis iam pene a seculo inductae apud romanas Congregationes? Cum s. C. ait poenitentes hac in re *non esse inquietandos,* utique non solum tolerat hunc morem, ut iam Ligorius monuit, sed positive permittit, ita tamen, ut simul testetur nondum rem esse decisam et fieri posse ut Ecclesia tandem ad rei definitivam decisionem procedat. Quapropter postulat, paratos esse fideles stare decretis Ecclesiae et improbat eos concionatores, qui, praetermissa conditionis huius

nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere; nam in contrahendo,

---

mentione, docent licere invectam contrahendi consuetudinem, ut ex praestatione pecuniae lucrum percipiatur; « quia privata auctoritate definiunt quaestionem, quam s. Sedes nondum voluit definire », Ita responsum Episcopo Vivariensi 7. Mart. 1835.

In suis responsionibus Romanae Congregationes, cum aiunt non esse inquietandos fideles, supponunt semper in ipsis bonam fidem, quod nempe ipsi censeant se recte agere, quae est conditio necessaria cuiuscumque bonae actionis. Ita declaravit s. Poenit. 8. Iunii 1834. in responso ad Episcopum Atrebatensem. « Ad praemissa satis provisum per decreta s. Inquis., in quibus semper supponitur bona fides ». Supponi tamen propter honestatem actus, non propter valorem contractus, patet ex alia responsione ad Episc. Nicaeensem, qui quaesierat. « An poenitentes, qui moderatum lucrum solo legis titulo ex mutuo, dubia vel mala fide, perceperunt, absolvi sacramentaliter possint, nullo imposito restitutionis onere, modo de patrato ob dubiam vel malam fidem peccato sincere doleant et filiali obedientia parati sint stare mandatis s. Sedis. » Responsum est 17. Ian. 1836, « Affirmative, dummodo parati sint stare mandatis s. Sedis ».

In quaestionibus propositis frequenter occurrit mentio tituli *legis civilis*, quae moderatum fenus permittit. Nihilominus s. Congregatio aperte significavit, se non ab illo moveri nec illius habere rationem, cum non esse inquietandos dicit, qui lucrum ex mutuata pecunia percipiunt; quamvis neque illum titulum reprobet. Patet illud ex responsione s. Officii ad Episcopum Rhedonensem 16. Aug. 1830. qui ne verbum quidem fecerat de titulo legis civilis et responsione eiusdem s. Officii 31. Aug. 1831. ad Episcopum Vivariensem, cui dubitatio proinde suborta erat eo quod in expositione Episc. Rhedon. nulla facta fuerit mentio dicti tituli. Eadem tamen semper fuit responsio: *non esse inquietandos.*

5° Causam, cur Romanae Congregationes permiserint auctarium percipere prae sorte, ipsae non docuerunt; cum non soleant rationem reddere suarum decisionum: hoc onus proinde relictum est theologis, ut demonstrent, merito id factum esse neque id pugnare cum praecedentibus decretis. Non omnes prorsus eandem secuti sunt viam: cf. Gury vol. 1. §. 862. seqq. Aug. Lehmkuhl v. 1. n. 1105. seqq. at praecipue in periodico Stimmen aus Maria-Laach 1879. p. 470. seqq. Henricum Pesch in periodico oenopontano 1888. p. 36. seqq. et Auctorem nostrum B. Vide et Delama tr. *de Iustitia et Iure* n. 217. seqq. Duas indicabimus vias.

Prior est in eo sita, ut negetur, praestationem pecuniae, quae nunc fit, habita ratione peculiarium, sed communium, in re oeconomica nostri temporis adiunctorum, esse mutuum et negetur idcirco usuram esse lucrum inde perceptum. Sane, ut mutuum sit, duo requiruntur: ut res, quae datur, sit infructifera, ut sit eadem usu consumptibilis. Itaque ut desinat esse mutuum, profecto haec duo sufficiunt: ut res data sit fructifera seu fertilis et non sit ipso usu consumptibilis.

Iam vero 1° pecuniae nunc vindicari posse videtur certa fertilitatis ratio, si ipsa spectetur ut instrumentum commercii et ut pretium res omnes in commercio exsistentes repraesentans. Sane commercio comparatur lucrum iis, qui partem in eo habent: commercium quidem opus est industriae humanae; at alitur simul et amplificatur ope pecuniae in orbem actae, ut eiusdem instrumentum efficax ipsa merito censeatur. Instrumentum enim illud est, quod non est tantum aliquid praesuppositum humanae actioni quodque hoc pacto locum obtinet conditionis, sed illud, quod ab humana activitate adhibetur atque ab ea adhibitum ratio est cur maior et plenior sit effectus actionis. Atqui ita se habet nunc pecunia ad omnes commerciales actiones idque praestat et praestare potest, spectatis praesentibus adiunctis, quaelibet pecuniae summa vel parva, a quocumque possideatur.

Pecunia ergo, prout instrumentum est commercii, nequit dici sterilis. Et advertatur, pecuniam in gyrum actam et commercialibus actionibus applicatam, beneficium prae-

quod agitur pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, quod datum est ».

---

stare, quod aliae res pecuniae quoad valorem aequivalentes, praestare nequeunt; praediis enim e. gr. et domibus commercium non promovetur, nisi illa in valorem pecuniae traducantur. Quod argumento est, aliquid speciale inesse pecuniae, ut instrumentum esse valeat fructibus ferendis.

Pecunia autem instrumentum est commercii, prout est pretium aequivalens omnibus rebus, quae valorem in commercio habere possunt; porro hoc ipso, quod est huiusmodi pretium, merito sibi vindicat dignitatem rei fructuosae, dum omnes res venum eunt et acquiri pecunia possunt atque negotiationibus cuiuslibet generis aditus patet. Tantundem enim censetur habere qui agrum possidet, quam qui habet argentum eius valori aequivalens, non solum quia eo argento agrum emere potest, sed quia ille argento negotiationi applicato, idem lucrum ferre potest, quod alter ex agro et identidem maius. Unde conceptus (veteribus ignotus) eius, quod nunc dicitur *capitale,* quod non est tantum sors, sed sors fructificans seu fructui ferendo idonea eo quod absque difficultate negotiationi et commercio impendi potest et sic impensa lucrum gignit. Itaque non est cur pecuniam nostra aetate inter res steriles censeamus.

Iam vero 2. res consumptibilis illa dicitur, quae primo usu ita perit ut sequentibus usibus nequeat inservire: si autem primum, secundum, tertium etc. usum praestare valeat, non est inter res consumptibiles recensenda. Atqui pecunia, quae nunc praestatur, primo usu non absumitur, sed et aliis sequentibus conducere potest. Nam quod per se attenditur in praestatione pecuniae, est eius valor: hic autem valor apud praestatorem manet. Etenim is retinet certe erga pecuniam praestitam *ius ad rem:* atqui hoc ius ad rem tantundem ipsi valet ac pecunia praestita et potest chirographo sibi tradito uti in commercio non secus ac pecunia praestita. Quocirca hic valor suae pecuniae praestitae usibus quoque suis servit; potest enim chirographum pignori dare aut alteri in hunc finem concedere et talem usum pecuniae licite homo vendere potest, ut ait s. Thomas 2. 2. q. 78. a. 1. ad 6., potest eo chirographo emere aut conducere res alienas. Ergo reipsa pecunia habet nunc saltem rationem rei, quae non consumitur.

Itaque in praesenti praestatione pecuniae desunt eae duae conditiones, quae ad mutuum postulantur. Ergo ille contractus non est mutuum, de quo Ecclesiae decreta loquuntur neque lucrum inde perceptum est dicendum usura. Cf. Lehmkuhl l. c.

Redit scilicet contractus, quem defendit Scipio Maffei, locatio pecuniae et cf. in nota b) ad n. 223. verba Cuiacii.

Altera via in hoc est sita, quod et praesens praestatio pecuniae mutuum censeatur, negetur tamen auctarium, inde perceptum, labem habere usurae. Sane inter omnes facile convenit, mutatas conditiones vitae socialis, universalem facilitatem et consuetudinem communis negotiationis atque commercii, auctis humana industria instrumentis productionis, quam collocatio pecuniae quaquaversus commeantis maxime fovet, haec omnia, inquam, effecisse, ut in pecunia mutuo tradita, praeter eius intrinsecum valorem, vere pretium aliud, ab omnibus recognitum, inveniretur, quod proinde rependendum foret. Inest nimirum pecuniae mutuo traditae et in commercium deductae facultas lucri alicuius gignendi, quae facultas digna est pretio; ut idcirco qui illam tribuit, merito compensationem postulet. Inest autem talis facultas pecuniae propter aptitudinem quam habet ad omnes operationes lucrosas commercii, ut non pendeat tantum ab industria singulorum utentium, sed imo ab hac industria supponatur. Si ita est, iam non reiecto, sed confirmato principio veterum; servandam esse in mutuo aequalitatem: quoniam nunc, secundum communem aestimationem, a qua pretium rerum pendet, pecunia mutuo ad negotiandum tradita, non valet id solum, quod intrinsecus eius valor dicitur eique formaliter inhaeret etiam otiosae, sed valet virtualiter praeterea illud augmentum, quod eius ope negotiatores, mercatores,

349. Quaestio est autem quoad *quantitatem*, cum pretium rei tempore redditionis aliud est ab eo, quod erat tempore dationis.

---

opifices et quicumque industriae se dedunt, comparare sibi possunt; aequum est, ut accepto mutuo, debitor, non tantum sortem restituat, sed et pretium quoddam (non quidem tantundem; nam et sua industria in causa est) illius augmenti, quod sors valebat.

Dices, hoc pacto vendi alteri utilitatem suam, idcirco quod eius est: atqui id non licet, ut docet s. Thomas 2. 2. q. 77. a. 1. Verum distinguenda est utilitas: altera est, quae ex industria pendet accipientis; de qua, puto, loquitur s. Thomas l. c. « Si vero aliquis *multum* iuvetur ex re alterius, quam accepit... non debet (venditor) eam supervendere, quia utilitas, quae alteri accessit, non est ex venditione, sed *ex conditione ementis* ».

Altera est utilitas, quae ipsi rei inhaeret, seu cuius pariendae facultas inest rei ipsi, quae res propterea venditur et emitur, quia utilis est; quidquid enim in commercium humanum venit, habet ordinem ad usus humanos. Haec porro utilitas sive eius facultas venditur cum res ipsa venditur. Iam vero huiusmodi est illa facultas lucri gignendi, quae competit sorti traditae, pro qua dicitur pretium aliquod esse solvendum; nam, spectatis humanarum societatum conditionibus communique hominum existimatione, reipsa pecunia hanc vim habet ut valeat in commercio lucra ac lucra ingentia parere. Quocirca ut ad auctoritatem s. Thomae, secundum eius doctrinam, respondeamus: non potest vendi utilitas, quae est *ex conditione ementis*, conc.: quae est *ex conditione rei emptae*, neg. Itaque quamvis pecunia in alterius dominium transferatur, quoniam cum hac facultate transfertur; aequum est, ut pro hac quoque facultate pretium rependatur. Cf. argumentum Lessii cit. sub n. 239.

Pretium inquam; nam hac declaratione posita, incolumis adhuc veritas manet: *ex mutuo lucrum non percipi et tantum reddi quantum acceptum* est et utilitatem propriam mutuatarii non vendi illudque solum repeti quod datum est. Lucrum autem vocatur auctarium; quia absque tuo labore aliquid actu accedit substantiis tuis.

Haec declaratio potest et alia formula proponi. Titulus lucri cessantis, qui olim identidem, ob speciales conditiones mutuatoris, adhaerebat mutuo et ratio erat exigendae compensationis, nunc, mutatis socialibus conditionibus, evasit universalis; nam, propter multiplicitatem et facilitatem commerciorum, quilibet potest, etiam modica sua summa utens, aliquid lucrari. Cessat ergo ipsius lucrum, si eam alteri det; iure igitur exigit aliquam compensationem.

Nec refert, quod quis vel ob inscitiam suam, vel ob alia adiuncta par non sit lucro captando pecunia sua; nam non ex his contingentibus pendet pecuniae (sicut et aliarum rerum) valor ac pretium, sed ex communi existimatione et usu.

Stante idcirco hac, quam diximus, conditione societatis, cum pecunia cuiuslibet capax per se sit lucri gignendi et digna certo pretio pro hac potestate: opus haud est, ut singuli creditores considerent an ipsis reapse cessaturum sit aliquod lucrum, si mutuentur; nam, etiamsi eam essent retenturi otiosam, cum tamen eam mutuo tradunt, verum est semper, eos tradere rem, quae, secundum communem usum, capax est lucro gignendo et quae propterea secundum communem existimationem (a qua rerum valor pendet) est digna aliquo pretio.

Hoc est sane, praeter alia, discrimen inter praesentem et veterem conditionem societatis. Pretium lucri gignendi inest nunc pecuniae propter communem existimationem communemque usum hominum ideoque independens est a privata conditione possidentis pecuniam: olim illud pretium a privata tantum conditione et industria possidentis pecuniam pendebat. Idcirco tunc opus erat inquirere an reapse creditori lucrum cessaret; nunc huic speciali inquisitioni supersedere licet. Quo spectant et responsa ss. CC. permittentium auctarium, praecisione etiam facta a titulo lucri cessantis, titulo illo inquam, qui olim vigebat.

1° Si pretium decrevit et mutuo data est pecunia, summa e. g. aureorum, quae, cum data est, aequivalebat 1000. francis, nunc, cum

---

Ne tamen videamur praesentes societatis conditiones nimis extollere, advertimus, quod, habita etiam commercii ratione, quemadmodum mutatae sociales conditiones induxerunt communem facilitatem quaestuosae pecuniae collocandae, ita pariter pericula plurima amittendae sortis una cum fructibus pepererunt, ut non raro, propter debitorum audacia molimina, creditores ad paupertatem redigantur. Scilicet ista socialis conditio, cum inter eos homines vigeat, qui, magna ex parte, cupiditate immodica ditescendi ex alienis ducuntur, nullo habito iustitiae respectu, periculum sponte creavit sortis creditae frequenter amittendae; quod periculum est certe ratio aliquid praeter sortem exigendi, utique cum periculum istud prudenter timetur. Sed quis non prudenter timeat, si praesertim alicui mensae pecuniam suam credat; cum frequenter videamus huiusmodi mensas et solutiones differre et tandem exhaustas, absorptis omnibus creditarum pecuniarum copiis, evanescere? Rationes sane in hac altera declaratione allatae, pro iusta exigentia alicuius auctarii, titulos exhibent per se extrinsecos mutuo; nam hi pendent a certis societatis conditionibus, quae contingentes sunt et mutari possunt, manente integra rei natura. Cf. Henr. Pesch. l. c.

Iam vero hactenus dicta satis esse censemus, pro tuenda Ecclesiae praxi praesenti. Neque, quod est sedulo advertendum, opus est ea esse in se vera et prorsus certa; etenim ut quaedam praxis ab Ecclesia permittatur iis, qui sunt in bona fide, antequam Ecclesia definitivam sententiam ferat, sufficit, ut praesto sit ratio vere probabilis, propter quam, adhibitis principiis reflexis, tutus sit in conscientia, qui ita agit.

Locuti sumus de pecunia, quae in negotiationem seu commercium impendi solet. Exinde tamen ne inferas opus esse eam negotiatori aut huiusmodi hominibus tradere mutuo, ut propter illam possit exigi auctarium.

Nam etiamsi ei des, qui vult debitum solvere, iure exigis illud; etenim pretium illud semper inest pecuniae tuae, quae posset in negotiationem impendi et posset tibi ipsi gignere lucrum.

Fieri subinde potest, ut pauper mutuam petat pecuniam, eandem consumpturus nec valiturus reddere aliquid ultra sortem. Si is in vera necessitate versatur, ut caritas postulet a te mutuum dari, peccabis si auctarium exigas: sed peccabis non contra iustitiam; cum res tua sit eo pretio digna, at contra caritatem, quemadmodum contra caritatem peccares, si eleemosynam vere indigenti negares.

6. Verba Christi in hac re sunt Matth. V. 42. *Qui petit a te, da ei et volenti mutuari a te ne avertaris.* Luc. VI. 34. 35. *Si mutuum dederitis iis, a quibus speratis recipere* (gr. ἀπολαβεῖν accipere), *quae gratia est vobis? nam et peccatores* (gentes scilicet cf. Gal. II. 15.) *peccatoribus fenerantur, ut recipiant* (accipiant) *aequalia. Veruntamen diligite inimicos vestros, benefacite et mutuum date nihil inde sperantes.*

Verba illa *nihil inde sperantes* non comprehendunt in sua universalitate et illud quod datum est; nam sic Christus non mutuum consuluisset, sed simplicem donationem :atqui loquitur de mutuo. Ait ergo, non esse aliud postulandum praeter id quod datum est seu praeter eius aequale. Id autem etiamnum valet. Nam vel tradens alteri pecuniam contractum init locationis et cum sic contractus non sit mutuum, non adversatur doctrinae Domini, qui de mutuo disserit. Vel mutuum fit et vidimus modo quod in praesentibus rerum adiunctis, ut aequalitas servetur, reddendum est reapse aliquid praeter sortem acceptam. Christus statuit generale principium, quod iuxta diversa rerum hominumque adiuncta, differentes sortitur applicationes.

Reprehenduntur vero peccatores, qui mutuantur (gr. est semper idem verbum δανείζω) aliis, ut ii vicissim deinceps ipsis mutuentur, cum opus fuerit: sic nulla ipsis gratia debetur, cum beneficium non conferant gratis.

reddenda est, aequivalet 900.; quoniam in mutuo pecuniario valor est qui traditur et accipitur, patet te non facere satis, si reddas eandem utique summam secundum genus et quantitatem, sed valore diminutam; quia non reddis tantundem quantum accepisti. Ita A. resol. 17. in fine.

Si mutuo datum sit aliud a pecunia, vinum, triticum etc. et tempore redditionis pretium eius imminutum est: distinguendum est. Vel enim in his rebus tradendis habita est ratio pretii et sic idem dicendum ac diximus de mutuo pecuniae: vel habita est tantum ratio rei usu consumendae et sic in praxi nulla erit difficultas. Nam mutuatarius vel reddet pretium tunc aequivalens rei reddendae vel, si id mutuatori non placet, emet eo pretio tantum, quantum accepit et debitum solvet nec ad amplius tenetur. Cf. Laymann *de Mutuo* n. 1. qui ait id Abbatem docere *ex communi*. Cf. n. 344.

350. 2º Quid vero si tempore redditionis pretium rei sit auctum?

Si pecunia mutuo est data, censet A. quod, nisi aliter cum aequitate conventum fuerit (quam hypothesim conventionis modo seponimus), nequeat mutuator eandem recipere pecuniae quantitatem, quia in mutuo pecuniario, ordinarie (excepto nempe casu quo aliter conventum fuerit) nonnisi valor seu pretium spectatur; reciperet proinde plus quam dedit, si eandem exigeret quantitatem. Ita A. resol. 17. Nihilominus si mutuator servaturus erat pecuniam usque ad tempus incrementi pretii, poterit, titulo saltem lucri cessantis, compensationem exigere, quamvis eam in pactum non deduxerit; ius enim habet, ut servetur indemnis et istud agi intelligitur, etsi non exprimatur; sicut colligitur et ex leg. sup. cit.

Si res mutuo tradita sit alia a pecunia, vinum, triticum etc., A. dicit resol. 18. mutuantem posse recipere tantundem in quantitate, quamvis rei pretium creverit. Ratio est, quia in tali mutuo non habetur ratio *valoris*, sed *ipsius materiae*. Haec doctrina et eius ratio non probatur s. Alph. n. 782.; quia, ait, pretium rei de se, necessario semper pertinet ad rei

---

Christus ergo duo praecipit: 1º ut non avertamur ab eo, qui mutuum a nobis petit, scilicet ut mutuum petenti demus: quod intelligendum est secundum ordinem et regulas caritatis: si is necessitate premitur, si sine gravi incommodo id possimus etc. 2º ut, cum mutuamur, nil praeter id, quod dedimus, postulemus h. e. nihil praeter valorem eius, quod dedimus, exigamus: id vero nostra aetate quoque servatur, cum proportionatum pretium exigitur mutuatae pecuniae.

In Deuter. XXIII. 20. 21. dicit Dominus Israelitis. *Non fenerabis fratri tuo ad usuram pecuniam nec fruges nec quamlibet aliam rem, sed alieno: fratri autem tuo absque usura id, quod indiget, commodabis:* vel ut habet textus originalis: *ab extraneo usuras exiges et a fratre tuo non exiges.* Permittit scilicet Deus Israelitis fenus exigere ab extraneis: cuius permissionis ratio esse potuit aliquis ex communibus titulis, qui fere semper occurreret sive periculi sortis sive lucri cessantis sive damni emergentis. Et puto periculum sortis semper sufficientem fuisse titulum in illa rudi et pene inchoata communicatione populorum inter se. E.

substantiam. Ita et Lessius l. 2. c. 20. n. 152. seqq. Doctrinam Auctoris admittit s. Doctor cum Lessio in hypothesi, quod mutuator rem servaturus fuisset tempore redditionis.

Verum extra dubitationem quidem est, quod aliquod pretium semper pertineat ad substantiam rei; quaelibet enim res, quae in commercium venire et usui esse potest, aliquid valet; sed non est evidens, pretium illud, quod in aestimatione pecuniae consistit et variari solet, pertinere ad rei substantiam; nam « aestimatio, ait Vinnius Inst. lib. 3. tit. 15. ab init. n. 9., extra rem est magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate ». Et certe non raro fieri potest, ut ipsius materiae ratio habeatur, praecisione facta a pretio. Fac aliquem petere mutuam quandam speciem vini, quae ipsi prae aliis placet et fac eam aeque placere mutuatori: in hoc contractu ipsa materia spectatur et mutuator exigens quod suum est, ipsam materiam intendit recipere. Porro si minor quantitas restituitur, eo quod pretium eius creverit, non servatur aequalitas; quia non tantum gustandum redditur quantum datum est seu quantum est id, quo se alter privavit. Vel ergo tantundem reddatur, vel pretium ipsum auctum rependatur, quo mutuator tantundem vini, quo sibi satisfaciat, emere valeat. Centum amphoras talis vini, ait, dedi, has volo et nihil aliud. Quod autem de vino diximus, id et in tritico aliisque rebus usu consumptibilibus usuvenire potest.

351. Ceterum en quid in simili quaestione responderit Romanus Iurisconsultus l. 22. dig. *de Rebus creditis*. « Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. Quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum litem contestatus esset, an cum res iudicaretur. Sabinus respondit: si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset (ideoque sive plus sive minus valeret): si non (nempe, dictum fuisset); quanta tunc, cum petitum esset (nempe per iudicem). Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti ubi esset petitum ». Ubi patet, quod, dempta conventione, commodum aucti pretii et incommodum pariter deminuti spectat ad creditorem idque congruit cum iis, quae paulo ante dedimus ex Laymann. Cf. Vinnium l. c. Si autem specialium locorum leges aliter statuant, eas sequi oportebit. Nec multum refert in hac re morari; quia huiusmodi mutua nunc rarissima sunt.

352. Modo fiat alia hypothesis, quod stipulatio quaedam seu conventio circa restitutionis modum accesserit mutuo et quaeritur, quid liceat stipulari respectu pretii.

Triplex fieri potest hypothesis. Prima; cum res mutuo datur, aequale utrinque est dubium, an tempore restitutionis pluris sit res valitura, an

minoris. Licet tunc pacisci, ut res secundum eandem quantitatem reddatur, etsi pretium eius auctum fuerit. Ratio est, quia contractus est quidam aleatorius, in quo, cum aequale utrinque sit periculum, servatur aequalitas.

Altera hypothesis: cum res mutuo datur, certum est vel longe probabilius pretium rei auctum iri. Tunc nisi, ut superius diximus, ratio tantum materiae habeatur et id rationabiliter fiat, nequit mutuator exigere rem in eadem quantitate; quia sic plus reciperet, quam dedit. Excipitur, si mutuator servaturus erat rem usque ad illud tempus: tunc enim intercederet titulus lucri cessantis. Hinc patet et resol. 11. A.

Tertia hypothesis: praevidet mutuator vel timet ne pretium rei imminuendum sit tempore restitutionis. Licet ei pacisci ut tantundem ei restituatur, quanti valebat, cum data est. Ratio est; quia potest mutuator rationem habere pretii, quod tradit et exigens idem pretium, exigit id, quod dedit ideoque servatur aequalitas.

353. Quaeritur, an, cum permissum sit in mutuo aliquid exigere praeter sortem, liceat aliquid aliud exigere ultra id quod iure civili certis in locis cautum est, quod est ordinarie vigesima pars sortis per annum.

Adverto. 1° Id quod exigitur praeter sortem se habet, ut diximus, (cf. not. praeced.), veluti pretium rei mutuatae, quod communi aestimatione statutum est. 2° Taxa civilis haberi potest ut repraesentans pretium, quod communis aestimatio constituit. 3° Tituli qui olim valebant, non amiserunt vim suam nostra aetate, qua e. gr. maxime crevit periculum sortis. 4° Apud veteres, cum dicebatur *lucrum cessans* aut *damnum emergens* aut *periculum sortis* rationem esse exigendi auctarii, non definiebatur quantum esset postulandum, sed relinquebatur prudenti aestimationi definiendum, proportione servata. Quare et Sinenses exigentes propter periculum sortis 30. pro 100. non fuere improbati.

Iam vero cum etiamnum ii tituli locum habere possint, non video, cur non eodem iure ac veteres, uti possimus et si reapse (quod prudentum aestimatione decidendum est) lucrum cessans aut damnum emergens aut periculum sortis maius sit, quam compensari valeat taxa legali, licebit, puto, maius auctarium quaerere, quo iusta compensatio fiat. Hinc est quod quidam codices, ut italicus, permittunt conventiones auctarii maioris prae taxa legali, quod utrum in singulis casibus recte necne fiat, legislator civilis non iudicat, sed permittit conscientiae cuiusque: at prudens confessarius, secundum normas iustitiae, iudicare debebit. Cf. responsum S. C. 18. Aug. 1858. inter decreta superius allata in nota.

354. Quaeritur an liceat percipere *interesse* ex ipso *interesse?*

Haec perceptio *anatocismus* vocatur. Ipsum universim vetuit et irritavit Iustinianus l. 28. Cod. *de Usuris;* verisimiliter in odium feneratorum.

Re iuxta naturae ius spectata, nequit hic contractus universim improbari. Si enim creditor fructum mutui sibi rependendum relinquat debitori, quo sors augeatur et iuxta rationem augmenti fructum exposcat sortis ita auctae, perinde agit ac si novum mutuum traderet, cuius fructus exigeret, quod profecto licet. Verum et in his leges speciales locorum considerandae sunt. *

LXII. Quaeres: Quae obligatio et poena sit usurariorum et cooperantium?

Resp. 1. Usurarius etiam non manifestus ac heredes tenentur restituere, imo etiam omnes ii, qui ex parte usurarii cooperantur efficaciter v. gr. iudices, domini temporales, notarii, famuli, advocati, qui quovis modo iuvant, vel cogunt mutuatarios ad solutionem usurarum. Dixi positive seu efficaciter; quia habendo se negative, possunt permittere usurarios, ob iustam causam et necessitatem pauperum. Praeterea in praxi, ex praesumpta voluntate mutuatariorum, fere excusantur minus principales famuli. 2. Usurarius publicus, sive notorius non debet admitti ad communionem altaris nec absolvi, donec restituat usuras nec sepeliri in loco sacro et qui scienter sepelit, ipso facto est excommunicatus. 3. Addit Laym. l. c. n. 21. eius testamentum ipso iure irritum esse, nisi ante mortem restituerit. V. Less. Bon. Trull. c. 14. d. 22.

355. * In quaestione de famulis et cooperatoribus generatim utrum et quando teneantur ad restitutionem, placet s. Alphonso. n. 789. sententia Tamburini *in Decal.* l. 5. c. 1. §. 4. nn. 49-51., qui distinguit inter eos, qui cooperantur in re non ingrata mutuatario, erga quos proinde ipse non est invitus et eos, qui in re ipsi ingrata cooperantur, ut idcirco sit invitus.

Prioribus accenset eos, qui adiuvant quidem ad mutuum tribuendum, at circa exactionem usurae non ita cooperantur, ut sint causa efficax: inter secundos refert eos, qui causa efficax sunt in exigenda usura, in cogendo mutuatario ad solutionem usurae.

Istud est principium, quod in hac re proponit Lugo dig. 25. n. 214.: peccare eos omnes et obligari ad restitutionem, qui ita cooperantur, ut circa talem cooperationem mutuatarius graviter sit invitus: eos autem non peccare contra iustitiam nec obligari ad restitutionem, circa quorum cooperationem non est invitus mutuatarius; nam volenti et scienti non fit iniuria. Vide apud eundem applicationes huius principii.

Excommunicatio vero amplius non viget.

* *De montibus pietatis et arcis parsimoniae.* *

356. In multis christiani orbis locis iam a 160. et amplius annis, scribebat Lessius circa annum 1605., fuere a piis viris ingentes pecuniae summae ad mutuandum pauperibus deputatae, quae solent vocari *montes pietatis* (l. 2. c. 20. n. 189.) Horum primus institutor fuisse dicitur b. Barnabas Interamnensis, Ord. Minorum, qui Perusii Montem pietatis instituit anno 1474. Cf. Ferraris V. *Montes pietatis.* Minoribus institutionem alacriter propagantibus obstiterunt alii, inter quos Caietanus tom. 2. opusc. 6.

Olim non tantum pecuniae summa sed et frumenti similiumque rerum, quae pro victu pauperum necessariae forent, coacervabatur, unde *mons frumentarius* dictus etc., quae consuetudo hactenus perseveravit. Conditiones horum montium enumerantur a Lessio quinque.

1° Ut ex illis detur mutuum in certa quantitate pauperibus eius loci, non divitibus aut exteris. Paulus V. Const. *Onerosa* data anno 1615. vetuit sub poena excommunicationis ne summa in alios usus quam pauperum distrahatur.

2° Ut detentio mutui ad certum tempus, annum e. g. vel paulo amplius protrahi permittatur. Sed certa definitio temporis non est essentialis.

3° Ut mutuatarii dent pignus idoneum; quia alioquin mons exhauriretur, multis postea non solventibus.

4° Singulis mensibus (vel annis) aliquid minutum solvant mutuatarii pro sumptibus necessariis ad montis conservationem, ut pro stipendiis ministrorum, pro conductione domus, pro libris rationum ceterisque necessariis instrumentis.

5° Si tempore praescripto mutuatarii non solverint, vendatur pignus et quod ex pretio, detracta sorte mutuo data et menstruis (vel annuis) detrimentis, superfuerit, illis restituatur.

357. Licitos esse huiusmodi montes nullaque infici usurae labe manifestum est; nam auctarium illud leve, quod mutuatarii solvunt, non exigitur vi mutui, sed propter expensas necessario subeundas ut mons conservetur, quae omnes redundant in commodum pauperum nec ulla aequitas postulat, ut quis cum suo damno mutuetur. Et quamvis non eaedem expensae requirantur pro singulorum pignorum conservatione, praesumitur tamen iure mutuatarios contentos esse ut aequale singuli auctarium solvant; nam impossibile foret definire quid pro singulis pignoribus debeatur litesque id foveret et maiores expensas: quocirca id tandem cedit in commodum eorundem pauperum. Honestatem talium montium ita institutorum authentice et infallibiliter declaravit in Conc. Later. sect. 10ª Leo X. « Sacro approbante Concilio declaramus et definimus, montes pietatis, in quibus, pro eorum expensis et indemnitate, aliquid moderatum ad solas ministrorum impensas et aliarum rerum ad illorum conservationem, ut praefertur, pertinentium, pro eorum indemnitate dumtaxat, ultra sortem, absque lucro eorundem montium, exigitur, neque speciem mali praeferre neque peccandi incentivum praestare, quinimo meritorium esse ac probari et laudari debere tale mutuum et minime usurarium putari ». Concilium autem Trid. sess. 22. c. 8. eos curae Episcoporum commisit.

Finis huius institutionis optimus erat, ut pauperes nempe pecunia

egentes subducerentur ab avara tyrannide feneratorum et sic, subtracto pabulo, usurae desinerent vel saltem minuerentur. Accedebat utilitas, ut pecunia in patria maneret, ait Lessius ibid. n. 194.; usurarii enim fere erant exteri, qui divitiis corrogatis, ad sua migrabant, vel iudaei, qui nullius sunt nationis et patriae.

358. Huiusmodi montes et a privatis erigi posse affirmat Lessius ibid. Et sane, ut ait Gury V. 1. n. 880., parvi refert ad rationem usurae vitandae, utrum institutio sit publica vel privata; dummodo privatus non amplius accipiat, quam quod necessarium est ad se indemnem servandum.

359. Hi sunt montes pietatis simplices. Alii sunt, ait Viva *Opuscula Moralia*, opusc. 4. *de Usuris* q. 3. a. 1. n. 4., qui vocantur *mixti*. Cf. et Lugo disp. 25. n. 197. qui ait hos montes sua aetate magis esse frequentes, de quorum numero videntur esse, dicit, mons Vicentinus, Veronensis et forte Florentinus. In iis enim, praeter pecuniam destinatam ad mutuandum indigentibus, accedit alia pecunia quam alii, divites scilicet, ibi deponunt quaeque a monte accipitur ut valeat uberius mutuari, cum facultate deponentibus facta, ut possint, quando voluerint, pecuniam suam a monte extrahere. Interim tamen mons iisdem deponentibus auctarium solvit, 4. aut 5. pro 100. Ex quo fit ut mons a mutuatariis suis debeat etiam ista 4. aut 5. exigere, ultra id, quod pro suis expensis exigit, ut se servet indemnem.

360. Talem depositionem pecuniae in monte cum annuali lucro licitam esse, patet ex Constitutionibus Pontificum recitatis n. 283. Difficultas est in reddenda ratione, qua Pontifices moti sunt ut id probarent. B., ut vidimus, inde collegit, alium heic esse contractum, diversum a mutuo et forte censuit posse esse contractum locationis pecuniae, cum referat eas Constit. Pontificum in quaestione de locatione pecuniae: rem tamen, ut non raro solet, in medio reliquit; sciebat enim alios aliter rem explicare. Nam quidam existimarunt heic intercedere contractum census: verum praeterquam quod census nomen non occurrit, quod adeo facile Pontifices appellassent, si de eo cogitassent; obstat quod census redimibilis ex parte emptoris non probatur Romanae Sedi, saltem a tempore Pii V. Respondent tamen hanc conditionem ne census sit redimibilis ex parte emptoris, non esse ex ipso iure naturae, sed ex iure positivo et quidem merito appositam, propter periculum contractus usurarii; qua proinde conditione alii Pontifices, in favorem dictorum montium, dispensarunt.

Alii censuerunt ibi latere contractum trinum, quem deponentes pecuniam ineant cum monte, qui forte negotiationi exponit pecuniam depositam. Sed est explicatio longius petita nec de exercita a monte negotiatione ibi sermo est.

Alii dixerunt posse summum Pontificem, tanquam supremum Principem

et Rempublicam, quando expediat in bonum communitatis, bona unius alteri concedere idque in his montibus fieri, dum, ut homines alliciantur magis ad pecuniam ibi deponendam facultatem faciunt, ut administratores montium dent ex bonis montium praemium quoddam legale iis, qui pecuniam apud hos deponunt, 4. aut 5. pro 100., quae est quaedam donatio liberalis. Cf. Viva l. c. et sup. nn. 269. 272. 274. 285.

Alii, ut Ferraris l. c. n. 10. et Lugo, l. c. n. 198., aiunt id licere atque id permissum fuisse ratione lucri cessantis aut damni emergentis, seu propter indemnitatem ipsorum deponentium. Supposuisse scilicet dicendi sunt Pontifices huiusmodi titulos aut aliquem ex iis semper aut fere semper subesse, ita ut si forte deesset, in foro interno concessio non valeret. Verum haec limitatio, quam sponte secum fert ista declaratio, excludi videtur a verbis Pontificum, dicentium, quod huiusmodi deponentes pecuniam, percipere et habere valeant fructus, *sine aliquo conscientiae scrupulo.*

361. Eligat ex his lector declarationem, quae ei magis arrideat, aut de locatione pecuniae aut de contractu census aut de praemio legali aut aliam adinveniat, ut oppositio evanescat inter istas concessiones et doctrinam de mutui gratuitate. Heic tria advertimus.

1° Contractum, qui soleat communiter in aliqua regione celebrari, praesertim a viris doctis et honestis, quamvis praeseferat aliquam speciem usurae, non esse statim condemnandum ut usurarium, sed solum esse pervestigandum titulum, ratione cuius possit ab usura liberari, quoties de illa non constat dilucide et multo magis si talis contractus sit reipublicae utilis et a principe saltem tacite approbatus. Ita Viva l. c. n. 5. ex Sà, Navarro, aliis apud Laymann l. 3. tr. 4. c. 18. n. 12.

2° Decretum quoddam S. C. C. quod refertur a Ferraris l. c. n. 9. quo declaratum est, nullo modo permitti debere, ut detur pecunia Monti, ad finem consequendi ex ea aliquos fructus licet minimos et si quae sub hac conditione mutuata invenietur, omnimodo restituatur, decretum hoc, inquam, esse anterius Const. Clementis VIII., qua deponentibus in Monte aliquid praeter sortem accipere concessum tandem est (cf. n. 283.); datum enim illud dicitur 28. Aug. 1582.; cum haec edita sit anno 1592.

3° Dispositiones istas Romanae Sedis faventes perceptioni fructus ex pecunia deposita in Montibus, praelusisse consuetudini nunc vigenti et ab eadem s. Sede permissa, percipiendi fructus ex praestatione pecuniae.

362. Alia prorsus quaestio est, an Montes ab iis, quibus mutuum dant, recipere aliquid possint, praeter id, quod necessarium est pro expensis et conservatione eorundem Montium, quodque in alios pios usus erogetur. Die 28. Dec. 1838. in *Ferentina Montis Frumentarii*, propositum fuit dubium: « An permittendum sit augmentum, quod iamdiu percipitur, ut

erogetur in dictos pios usus (nempe in conservationem templi, quod aderat in eo pauperrimo pago et in famem pauperum sustentandam in caritate annonae), seu potius reduci debeat, quantum satis sit pro expensis et conservatione Montis ». S. C. respondit: *Negative ad primam partem, affirmative ad secundam et ad mentem.* Mens autem s. C. erat: « Ut firmum maneret principium, non exigendi augmentum super mutuo datum, excepto eo, quod necessarium sit pro expensis et conservatione Montis: ut Episcopus, subductis rationibus, determinaret ratam portionem solvendam supra sortem ob hunc titulum. Quod vero spectat ad id, quod supra hanc portionem ex consuetudine iamdiu introducta percipiebatur erogandum in pios usus et nominatim in manutentionem templi pauperrimi pagi atque ad sustentandos pauperes, quoad fieri posset, in caritate annonae, posset Episcopus permittere, ut eadem consuetudo servaretur; ita tamen ut liber constitueretur, in quo distinctis titulis notarentur ratae portiones, tum eae, quae ad Montem pertinerent, tum eae, quae ad alios usus, ut posset cognosci, quaenam sit summa, quae datur titulo iustitiae et quid recipiatur tanquam gratuita et pia oblatio. Curabit autem Episcopus, ut populus prudenti ratione certior de hac re fiat, sive ope Parochi vel alio modo, prout ipse Episcopus prudenter iudicaverit ».

Secundum haec responsum est quoque 19. Apr. 1844. et 15. Maii 1868.

Itaque accedente auctoritate Apostolicae Sedis, possunt Montes percipere aliquod augmentum in pios usus convertendum; sed talis perceptio manifestanda est mutuatariis.

363. A *Montibus pietatis*, qui mutuo dant, differunt *Arcae* sic dictae *Parsimoniae* (casse di risparmio), quae mutuo accipiunt: ambae vero pauperum et mediocris popelli commoditati serviunt. Eae sunt certae mensae nummulariae, quae exiguas quoque summas recipiunt, interim pro eis fructum quendam annuum solventes, qui et in sortem seu capitale converti potest, donec mutuator repetat sortem datam et augmentum eius.

Ex hactenus disputatis constat contractum istum licitum esse. Sed et illud constat, utiles quam maxime esse pauperibus et mediocribus istas mensas, dum parva summa, quam ibi deponunt, et in tuto est et sensim sine sensu iis accrescit. Sed tamen componitur quoque cum utilitate, quam mensarii ex pecunia mutuo accepta haurire possunt, in negotiationes adhibita.

DUB. VIII. (a)
De emptione venditione.

ARTICULUS I.
Quid sit emptio et venditio.

LXIII. Resp. Est contractus, quo pretium pro merce solvitur completurque mercis traditione. Venditio contra. Iustitia eius in hoc consistit, ut pretium sit iustum sive exaequet valorem rei et contra. Alias, si absque legitimo titulo secus fiat, committetur iniustitia gravis vel levis, pro gravitate excessus, qui proinde ad restitutionem in conscientia obligabit; etsi in foro externo ad restitutionem fere non cogatur quis, nisi ultra dimidium defraudaverit. V. Laym. c. 17. Bon. d. 3. q. 2. p. 1. et 4.

364. * In contractu, qui dicitur *emptio venditio*, illud agitur ut pro merce, quam alter dare se obligat, alter se obliget retribuere pretium. Haec definitio, ut clarius loquamur, accipi potest et *generice* et *specifice*. *Generice* inquam, quia cum mercis nomine non res solum sed et eius usus aut ususfructus venire non immerito possit, cum autem solus usus aut ususfructus pro pretio datur, alter contractus intelligatur esse ab eo, qui solet emptio venditio vocari: patet eam definitionem plures contractus posse complecti. Cf. Lug. disp. 26. nn. 2. 3. *Specifice*, ut vel mercis nomine res ipsa significetur, quae aut usum aut usumfructum praestare potest, vel obligatio retribuendi pretii ea sit, ut statim totum debeatur, non sit quaedam pensio successive solvenda. Utroque autem hoc in casu contractus ille occurrit, qui emptio venditio dicitur apud Doctores et Iurisperitos. Clarius ergo, etsi longius, definiretur emptio venditio hoc pacto: est contractus, quo pro re, cuius dominium directum alter dare se obligat, alter se obligat retribuere pretium, vel quo pro re, quam alter dare se obligat, alter se obligat ad unicum pretium statim debitum. Cf. Lug. l. c. et Molina disp. 336.

Tria ergo requiruntur: *consensus duorum, merx, pretium*. Ille unde est merx, *venditor* vocatur et eius actio, *venditio;* ille unde est pretium, *emptor* et eius actio *emptio*. Nequeunt isti actus alter esse sine altero; quia sunt relativi: differunt tamen; quia aliud est vendere, aliud emere. Sane differt hic contractus a simplici permutatione, qua altera res cum altera permutatur et idcirco differt; quia in permutatione uterque sicut venditor, ita et emptor appellari potest et hoc ideo quia in permu-

---

(a) Sequentibus usque ad finem Dubiis de contractibus breves tantum annotationes B. apposuit: attamen ut principio finis responderet, censui materiam, iuxta formam praecedentium, esse amplificandam. E.

tatione non habetur aestimatio pretii quod pro re solvatur, quo valor rei compensatur; sed propter parem utriusque contrahentis affectionem in rem alterius, permutatio fit. Aestimatio rei cuiusque habuit locum, cum inventa fuit mensura communis, quae est pecunia et qua pretium cuiusque rei definiri potest. Hoc pacto discrimen est inter actionem, qua pretium solvitur et dicitur emptio atque actionem, qua res (merx) datur ac dicitur venditio. Hinc semel ac pretium rei secundum communem mensuram, quae est pecunia, constitutum est, potest et permutatio esse emptio venditio, si res, quae pro altera traditur, prius pretio aestimetur et secundum hanc aestimationem tanquam pretium pro altera detur. Cf. Heinnec. ad Vinnium Inst. l. 9. tit. 24. §. 2. n. 6.

Pretium scilicet est de ratione huius contractus, qui dicitur emptio venditio. « Emptionis substantia consistit in pretio » ait Papinianus l. *Pacta conventa* Dig. *de Contrahenda emptione* etc. et Iustinianus in Inst. l. c. §. 1. « Pretium constitui oportet; nam nulla emptio sine pretio esse potest ». *

365. Porro in pretio duo requiruntur, 1° ut certum sit: « sed et certum pretium esse debet », ait Iustinianus ibid. Nimirum oportet determinare pretium et absque hac determinatione nullus est contractus. Valet contractus, si determinatio pretii remittatur arbitrio tertii, qui tamen possit et velit pretium definire. Iustin. l. c. Si autem pretii definitio relinquatur iudicio vel voluntati emptoris aut venditoris, nullus est contractus l. *Quod saepe* Dig. *de Contrah. empt.* §. 1., ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant an non debeant. l. *In vendentis* C. *de Contrah. empt.* Sicut autem pretium, ita et res debet esse determinata, saltem in spe, ut hic iactus retis. s. Alph. n. 794. vel in genere, ut tot dolia vini. 2° Requiritur ut pretium in pecunia constituatur: « pretium in enumerata pecunia consistere debet » Inst. tit. cit. §. 2.

366. Contractus iste consensu perficitur, ante rei vel pretii traditionem: « Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit » ait Iustin. tit. cit. ab init., in quo a permutatione rursus differt, cuius obligatio a traditione incipit: ita l. *Sicut* Dig. *de Rerum permutatione* §. 2. « Emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur: permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet ».

Quemadmodum vero hic contractus a permutatione differt, quo res pro re datur, ita differt a cambio, quo pecunia pro pecunia solvitur. Ita Lugo disp. 26. n. 2.

367. * Effectus ergo huius contractus est, ut alter pro tradenda merce obligetur, alter pro tradendo pretio. Utrique pariter *ius ad rem,* non vero *in re,* nisi facta traditione, qua dominium rei transfertur. Quamvis vero traditio non sit de essentia huius contractus, est tamen ille terminus,

ad quem naturaliter tendit; id enim contrahentes intendunt alter dominium mercis, alter pretii obtinere. Quapropter, etsi contractus sit, in ratione contractus, perfectus ante traditionem mercis et pretii, completur tamen et absolvitur traditione, qua dominium transferatur. Ante traditionem sane dominium rei vel pecuniae apud eum est, qui illam tradere debet. « Sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est ». Inst. l. c. §. 3. Quinimo etsi res emptori tradita sit, manet adhuc sub dominio venditoris, donec vel pretium solutum fuerit, vel venditori alio modo, puta pignore, satisfactum sit vel fidem venditor emptori habuerit de pretio (Inst. lib. 2. tit. 1. §. 41.): quae fides praesumitur cum venditor rem tradidit, nisi aliud certe constet. Cf. Laymann *de Pactis* c. 17. n. 11. Inde patet definitionem A. non satis esse exactam ad normam iuris; non enim hic contractus in solutione, sed in obligatione consistit.

368. Etsi contractus hic solo consensu perficiatur, ut idcirco nec scriptura per se requiratur, ut ait Iustinianus Inst. l. 3. tit. 23.: convenire nihilominus potest inter contrahentes, ut contractus perfectus haud sit, ita ut pariat obligationem, nisi conscriptis et subscriptis instrumentis, vel privata scriptura vel per tabellionem. Qua conventione posita, quandiu aliquid ex iis deest, poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione et venditione. Ita Iustin. l. c. t. 24. ab initio. Quod certe et in conscientia valet; quia ex intentione contrahentium ea erat conditio oriturae obligationis. Secus vero, si contractui absolute inito accedat voluntas instrumenta conficiendi, pro eius maiore certitudine; eorum enim defectus nequit infirmare iam perfectum praecedentem contractum eiusque obligationem iam exsistentem.

369. Cum contractus perfectus est, periculum rei, licet nondum traditae, est penes emptorem, ad quem pariter spectat commodum rei: Inst. l. 3. tit. 24. §. 3. l. *Quod si neque* Dig. *de Periculo et commodo rei venditae.* Quod prius ex his utique verum est 1° nisi venditoris culpa res perierit vel hic in mora fuerit et interim res perierit, non aeque peritura apud emptorem l. *Quod saepe* Dig. *de Contrahenda emptione* et l. *Illud* Dig. *de Peric. et comm. rei vend.* 2° Si res vendita fuerit in specie h. e. individuo, determinata et citra mensuram vendita. Si enim sit solum determinata quoad genus, ut tot modios tritici vel, etsi in specie determinata, sit tamen res, quae est adhuc mensuranda aut numeranda aut praegustanda, hactenus periculum rei, sicut et commodum, est penes venditorem; quia nondum perfecta censetur venditio ll. citatis.

Diximus, perfecta venditione, commodum rei spectare ad emptorem. Id Iustinianus in Inst. l. c. affirmat, afferens exemplum: *si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet.* Ad quem ergo spectant fructus e. g. agri venditi, nondum soluto

pretio? Fructus exstantes tempore contractus, facile omnes concedunt spectare ad emptorem; quia sunt pars rei venditae: cf. Molina disp. 368. n. 2. At si sermo id de fructibus, qui ex re vendita procedunt post perfectam emptionem, ante solutum pretium vel fidem de eo habitam, sunt qui censeant eos spectare ad venditorem, eo quod dominium rei adhuc sit apud ipsum et res fructificet domino, atque hoc sensu interpretantur plures romanas leges de hac re non adeo claras. Cf. Molina l. c. n. 8. seqq. Lug. disp. 26. n. 209.

At talem interpretationem non immerito Laymann *de Emptione et venditione* n. 18. iniquam censet; nam commodum rei spectare debet, ad quem spectat periculum et fructus rei ad eum pertinere debent, qui rem emit, cum ipsam rem naturaliter consequantur. Principium vero illud, quod res domino fructificat, ideoque venditori, qui dominium adhuc rei obtinet, perperam allegatur.

1° Quia et res domino perit et tamen heic perit emptori; est ergo quid speciale in hoc contractu: 2° quia heic venditor licet sit dominus rei, est tamen incomplete dominus; nam est dominus rei, *quam debet* alteri: satius autem diceretur, rem perire et fructificare illi, cui in individuo est debita. Cf. Laym. l. c. n. 19. Atque hanc sententiam s. Alph. n. 798. communem et veriorem vocat.

Ceterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventione contrahentium atque effici, ut et damnum, quod post perfectam emptionem contingit (nondum soluto pretio), non ad emptorem sed ad venditorem pertineat et pariter commodum: nam contractus ex conventione legem accipiunt. Tum vero pretium rei augendum vel minuendum est pro compensatione detrimenti, quod alteri imponitur. Lug. n. 181.

370. Diximus, perfecto contractu nasci utrinque obligationem. Subtilitas tamen iuris discrimen posuit inter utramque obligationem. Nam emptor cogitur nummos, quos pretii loco praestat, in dominium transferre venditoris, quia pecuniae nullus est usus, nisi accipientis fiat; venditor vero tenetur vacuam possessionem rei tradere, quo facto si venditor dominus erat rei, fit eo ipso eius rei dominus emptor: si venditor dominus non erat, ipse evictionem praestare tenetur. Unde emptor, accepta rei vacua possessione et praestita ei evictione, si res a vero domino evincatur, tantundem consequitur ac si rei dominium a venditore accepisset. Ita l. *Ex empto* §. 2. Dig. *de Actionibus empti et venditi.* « Ipsam rem praestare venditorem oportet, idest tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est enumeratum, aut eo nomine satisfactum (cf. n. 356.). Emptor autem nummos venditoris facere cogitur ». Cf. et ibid. l. *Servus*. §. 1. *

371. Tenetur sane venditor emptori de evictione et de interesse: vide Voet. l. 18. tit. 6. n. 2. Cum rem venditam tibi alius a tua potestate extraxerit, probans in iudicio non potuisse vendi, quia non ad eum, a quo emisti, sed ad se pertinebat, ille rem suam evincit et qui tibi eam vendidit, praestare tibi tenetur evictionem, nempe et pretium rei reddere et quantum tua intererat, rem non esse evictam, l. *Si quaestio* C. *de Evictionibus* et l. *Evicta re* Dig. *de Evictionibus* etc. atque toto tit.

* Obligatio vero de praestanda evictione et in aliis contractibus locum habet: cf. Laymann *de Pactis* c. 17. n. 21.

Quocirca, etsi emptori ignoranti res aliena vel furtiva vendatur, valet contractus, ut pretii dominium transeat in venditorem, emptor vero non dominium rei acquirat, sed ius ad evictionem, de qua obligatus ei manet venditor. Cf. l. *Rem alienam* Dig. *de Contrahenda emptione* etc. l. *Ex empto* paulo ante cit. et l. *Si in emptione* §. 3. Dig. *de Contrahenda empt.* etc. « Si emptor et venditor scit furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor. Quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur ». l. *Qui vas* Dig. *de Furtis* §. ult. « Cum fur rem furtivam vendidisset eique nummos pretii dominus rei per vim extorsit, furtum (eum) nummorum fecisse recte responsum est: idem etiam vi bonorum raptorum actione tenebitur; quod enim ex re furtiva redigitur, furtivum non esse nemini dubium est: nummus ergo hic, qui redactus est ex pretio rei furtivae, non est furtivus ». Itaque si fur pretio rei furtivae emat panem et pistor pecuniae et fur panis dominium obtinet.

Aequalitas proinde inter emptorem et venditorem in eo est, quod venditor quemadmodum pretii dominium acquirit, ita obligatus manet emptori de evictione et interesse.

372. De arrhis, quas emptor venditori dare solet haec statuit Iustinianus Inst. l. 3. tit. 24. ab init. « Quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.... Quandiu aliquid perficiendo contractui deest, potest uterque quidem impune recedere: at si arrhae datae sunt, hoc pacto solum recedere licet, ut qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdat arrhas datas, si vero est venditor, restituere duplum compellatur ».

Quae duo loca si conferantur, difficultatem quandam gignunt; nam prior textus significat arrhas accedere contractui iam perfecto et ita Caius l. 35. Dig. *de Contrahenda emptione:* « Quod saepe arrhae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil faciat: sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio ». Alter vero textus Iustin. ponit, contractu adhuc imperfecto, arrhas posse dari et accipi. An docere voluit, ipsa datione et acceptione arrharum contractum perfici,

eo quod consensus per eas clare significetur? Vinnius in h. l. ita explicat, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere; ceterum nihil prohibere quominus et ante contractum perfectum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est. Ita sane idem Iustinianus in l. *Contractus* C. *de Fide instrumentorum*... Illud etiam adiicientes, ut in posterum, si quae arrhae *super facienda emptione* cuiuscumque rei datae sunt, sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis, non procedente contractu, fieri oporteat, tamen et qui *vendere pollicitus est*, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur et qui *emere pactus est*, ab emptione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda ».

Porro advertit Lug. disp. 26. n. 10. arrhas et a venditore dari posse in fidem servandi et complendi contractus: qua de re nulla est difficultas.

373. Concedunt omnes, ait Vinnius ibid., si sine arrhis emptio celebrata est, recedi a negotio sine communi consensu non posse: ceterum si arrhae intervenerint, putant plerique, tum locum poenitentiae dari; quasi eae efficiant contractum veluti conditionatum, ut contractus firmus sit ex parte dantis arrhas, nisi velit illas amittere et firmus sit ex parte accipientis arrhas, nisi velit reddere duplicatas. Hoc minime ferendum esse ait Vinnius: sed, ut monet Lugo l. c., id tandem pendet ex intentione contrahentium et consuetudine, quae illam intentionem optime manifestat. Hinc Azor a Lugo ibid. citatus dicebat, per arrham significari licentiam recedendi a contractu, cum iactura eiusdem. Et ipse Lugo testatur ita suo tempore in Hispania servari, ut arrha signum sit facultatis recedendi, cum iactura arrhae. Quod et s. Alph. admittit n. 794.

Itaque potest dari et acceptari arrha in argumentum contractus initi et ad maiorem eius securitatem et tunc, citra communem consensum, non licet resilire a contractu: potest dari et acceptari arrha in signum facultatis recedendi, cum iactura arrhae, et tunc uterque, invito altero, resilire potest, amissa arrha vel duplo eius. In dubio autem qua intentione data sit arrha, ex loci consuetudine est decernendum, ait s. Alph. l. c.; quisque enim praesumitur velle contrahere secundum morem loci, ubi contrahit; nam ad id tenetur. *

374. Iustitia huius contractus, ait A., in eo est ut pretium sit iustum sive exaequet valorem rei et e contra h. e. ut merx exaequet pretium. « Emptio et venditio, ait s. Thomas 2. 2. q. 77. a. 1., videtur esse introducta pro communi utilitate utriusque, dum scilicet unus indigeret re alterius et e converso: quod autem pro communi utilitate inductum est, non debet esse magis in gravamen unius, quam alterius ». Et si uterque indiget et uterque dat alteri, quo is indiget, non est ignobilius per se vendere, quam emere.

Duplex autem distinguitur pretium, *legale et vulgare:* legale est, quod auctoritas reipublicae seu principis constituit; quod quidem olim, pro certis rebus venalibus frequenter fiebat. Hoc pretium est in indivisibili situm, illud nempe, quod lex constituit. Contingit taxationem pretii fieri plerumque in favorem emptorum, identidem et in favorem venditorum.

* Lex pretium constituens est iusta seu iusta censenda est, ait Lugo n. 38., quoties non constat inique muneribus, odio, vel ignorantia crassa duci superiorem in eo taxando: praesumendum est scilicet, quod superior, habita ratione communis aestimationis atque omnibus adiunctis spectatis, recte pretium secundum rei valorem in iis circumstantiis constituerit. Porro cum talis lex exsistit, ipsi parendum est, tum quia superior melius potest aestimare circumstantias omnes ad iustam taxationem faciendam, tum quia etsi an ita factum sit dubitaretur, tamen respublica, cum vere bonum publicum id exigit, disponere eo pacto potest de bonis et iuribus subditorum, ut prohibeat ne plus accipiant vel minus dent pro re aliqua venali et ut auferat ius utrique contrahenti ad excessum, sive venditori quoad pretium acceptum, sive emptori quoad mercem receptam: porro quando iuste praecipiendi causa adest, praecepto parendum est. Lug. l. c. Ita vero parendum est, ut transgressio non sit solum actus inobedientiae, sed et iniustitiae, unde obligatio est restitutionis. Iniustitia enim est exigere ultra id, ad quod ius habet aut minus solvere quam id, ad quod alter ius habet.

Habenda est nihilominus ratio finis, propter quem taxa est constituta, seu eorum, in quorum favorem pretium definitum est. « Solet enim, ait Lug. ibid., hoc pretium frequentius taxari in gratiam emptorum, ut venditor non possit ultra illud accipere et tunc emptor potest quidem minus dare nec peccat contra iustitiam, dummodo pretium naturale infimum attingat. Aliquando tamen solet constitui in gratiam venditoris, ut non possit emptor minus dare, ut fit in emptione censuum et tunc potest venditor absque iniustitia plus exigere, dum tamen non excedat pretium naturale summum ». S. Thomas 2. 2. q. 77. a. 2. ad. 2. dicit, quod « in unoquoque loco ad rectores civitatis pertinet determinare quae sint iustae mensurae rerum venalium, pensatis conditionibus locorum et rerum. Et ideo has mensuras publica auctoritate vel consuetudine institutas praeterire non licet ».

375. Convenit inter omnes legem definientem pretium non esse servandam, si constat esse iniustam; lex enim iniusta non obligat: sed quaestio est, an in certis casibus iusta sit necne ideoque servanda annon. Fac urgente caritate annonae taxam legalem frumenti, in gratiam pauperum, talem definitam esse ut proprietarii obligentur vendere frumentum et pistores panem infra infimum pretium, quod ex rei natura haberet vel ita tali pretio vendere, ut ii nequeant vel suas expensas compensare.

Legem non obligare, eo quod iusta non sit, affirmant plures, Laymann l. c. n. 4. Sanchez, Lessius, Reginaldus, Navarra, Salonius, Molina apud Lugo disp. 26. n. 52.: ex quibus Molina ait, disp. 365. n. 10.: esto, in principe sit potestas condendi talem legem et lex vim obligandi habeat, quae taxat pretium frumenti aut cuiusvis alterius mercis, infra iustum infimum, quod ex natura rei ea merx habeat: venditorem tamen, si pretium naturale exigat, peccaturum quidem contra obedientiam, non tamen cum onere restituendi; quia non peccaret contra iustitiam commutativam, servans reapse aequalitatem. Rationes cur talis lex iniusta sit, videri possunt apud Laymann et Molina atque apud Lugo, qui eas refert nn. 53. seqq. Et sane lex, determinans pretium rei venalis, prout id facit, debet aequalitatem servare inter rem et pretium; prout est lex pro bono publico debet aequalis esse saltem proportionaliter pro omnibus subditis, seu aequale cum proportione onus ipsis imponere. Atqui neutrum huiusmodi lege servatur. Non prius, ut manifestum est ex ipsa suppositione: non alterum; quia, communi necessitate urgente, cui proinde sublevandae omnes concurrere par esset, una tantum classis gravatur, ceteris nihil patientibus aut conferentibus, sed ex illius detrimento proficientibus.

Lugo tamen censuit n. 59. posse huiusmodi legem esse iustam. Quia lex potest circa subditos et eorum bona statuere ea omnia, quae ad bonam reipublicae gubernationem et eius pacem et tranquillitatem necessaria sunt, quando graviora mala ex illa lege non timentur. Sed duplex se offert difficultas: primo quidem, quia hoc principium nimis indefinitum videtur; lex enim humana seu humana potestas subest et ipsa regulae, nec potest facere quidquid ad bonum publicum conducit, si iniustum per se sit, ut occidere innocentem. Deinde, quia aegerrime probabitur minor, quae sub illa maiore subsumatur, quam minorem reapse omnes adversarii negant. *

376. Pretium legale, quod a principe statuitur, supponit iam aliquam communem et publicam rei aestimationem, quae, collatis simul omnibus circumstantiis, instar regulae ipsi est: ex communi autem et publica aestimatione originem immediate habet pretium, quod *vulgare* dicitur et *naturale*. Per se valor rei supponit utilitatem quandam aut quoddam commodum, quod res afferre potest. Valor autem rei est dignitas pretii seu aptitudo, ut cum alia re commutetur, in utilitatem seu commodum permutantis. Tum utilitas rei tum eius valor sunt quid relative se habens, ea ad necessitatem quandam, cui satis est faciendum, hic ad pretium seu rem cum re commutandam. Nulla autem alia regula securior pro valore rei dignoscendo, quae in commune commercium prodit, assignari potest, quam commune iudicium seu communis existimatio. Hoc vulgare pretium non est in indivisibili situm; quia et ipsa communis aestimatio,

propter diversa ingenia in multitudine et diversas singulorum pro tempore et loco utilitates variare solet; unde occurrit pro rebus venalibus pretium *infimum* seu *pium*, *medium* seu *moderatum*, *summum* seu *rigorosum*. Quodlibet ex his iustum censetur.

Quaestio est, quanta esse possit distantia inter infimum et summum, quae certe maior est, quo maius est medium. Communiter DD. dicunt, ait Lugo n. 39., non posse unam regulam assignari; quia id ex variis circumstantiis dependet. S. Alph. n. 804. ex aliorum sententia, ait: vinum aut simile, quod valeat 5. potest vendi 6. vel emi 4.: si valeat 10. potest vendi 12. et emi 8.: si valet 100. poterit vendi 105. et emi 95.

Nisi autem aliter conventum sit, pretium intelligitur eius loci, in quo est res quae venditur vel ubi fit contractus, si venditor paciscatur se eo rem translaturum; ibi enim res habet pretium suum. Hinc ubi parvi aestimatur, res pretiosa potest vilius emi et ubi magni aestimatur, res vilis vendi pluris. E contrario nequit venditor alicubi rem vendere pluris quam ibidem aestimatur, quamvis ipse carius eam emerit et multum insumpserit in illa advehenda. Ita s. Alph. n. 804.

* Tenenda est autem doctrina Lugo n. 109., pretium rei non esse sumendum ex valore praesenti, si res indeterminate emitur, tradenda postea: sed ex valore, quem res habitura est tempore traditionis. Etenim res emuntur in usum et tunc solum veniunt in usum emptoris, cum ei traduntur; valor ergo rei, pro quo pretium solvitur, est ille, qui obtinebit tempore traditionis. Potest tamen antea determinari pretium iuxta id, quod plus minus creditur res valitura et tunc standum est pretio constituto; quia aequale fuit ab initio utriusque periculum. Scilicet, si nunc modius critici valet 10. scutata, nequis hoc pretio emere modios tritici tradendos tibi, cum modius valiturus est 12. Licet tamen, si utrinque res incerta sit, convenire de aliquo pretio medio.

377. Quaestionem metaphysicam agit Lugo n. 40., an latitudo pretii, ut pro eadem re multiplex assignetur, ex eo dependeat, quod, licet unum sit reapse pretium rei conveniens, quod Deus novit, quia tamen homines nequeunt ipsum assequi, ideo alii aliter de pretio iusto opinantur: an ex eo dependeat, quod reipsa pretium rei, etiam prout a Deo cognoscitur, habet talem latitudinem.

Haec altera sententia minus probatur Lugo; quia iustum pretium in aequalitate consistit cum valore mercis: tria autem (infimum, medium, summum) inter se diversa nequeunt esse aequalia uni. Sed quemadmodum diximus de quantitate materiae gravis in furto, ita et in hac re loqui licet; quod unum vere sit pretium, quod Deus novit; homines vero, qui illud ἐν ἀτομῷ nequeunt attingere, merito sequantur iudicium plurium, qui, etsi prudentes in iudicando, paululum differre inter se solent.

378. Quaeritur unde petenda sit iustitia pretii vulgaris, quoad sui variationem, augmenti nempe et decrementi; contingit enim eandem rem nunc magis nunc minus pretiosam censeri, ut alia et alia sit latitudo eius pretii.

Regula generalis est: pretium rei venalis desumi non ex rei intrinseca perfectione, sic enim musca praeferenda praedio: sed ex eius utilitate in ordine ad usus humanos sive necessitatis sive luxus aut voluptatis, prout tamen huius utilitatis exsistit communis existimatio in societate vel gente, ut iam superius innuimus. Quae existimatio, licet sit vel (ut melius loquamur) nobis videatur erronea, si tamen communis alicui sit genti, quae proinde ex ea re utilitatem, quam desiderat, capit, est sufficiens mensura pretii rei venalis, quod tandem ex communi pendet aestimatione. Communis dicitur existimatio, non totius humani generis, quae vel nulla est vel ignoratur, sed gentis, populi, societatis, quae proprios mores propriumque de rebus sibi utilibus iudicium habet et in qua singuli res venales facile permutare possunt. Hinc ex eadem utilitate et existimatione pendet, quod aliquid plus vel minus valeat. Lug. n. 43. Quocirca erronea huius vel illius existimatio non sufficit, ut pretium rei, etiam eorum respectu, definiatur. *

379. Nihilominus causae peculiares sunt, quae eiusdem rei commune pretium augent vel minuunt.

Crescit enim vulgare pretium propter rerum penuriam, multitudinem insuetam emptorum, copiam pecuniae; minuitur autem propter oppositas causas. Quae doctrina non indiget declaratione et frequenti experientia constat.

Indigentia specialis tamen alicuius non est sufficiens ratio cur pretium in eius detrimentum minuatur; quia non per illam communis existimatio variatur.

Nec specialis utilitas, quam emptor ex re, industria sua, capturus est, nec peculiaris affectio emptoris ad rem, ratio sunt cur pretium augeatur; quia venditor nequit vendere, quod suum non est. S. Thom. 2. 2. q. 77. a. 1.

Specialis vero utilitas, quam venditor ex re consequeretur, vel specialis eius affectio ad rem (dummodo saltem sit rationabilis Lessius l. 2. c. 21. n. 27.), ratio sunt, cur commune pretium licite augeatur. Sic enim, quamvis vendatur res plusquam valeat in se, non tamen venditur plusquam valeat habenti: venditor autem ius habet ad compensationem cuiuslibet damni, cuiusmodi est etiam privatio rei specialiter carae. S. Thomas ibid. Debet tamen venditor hanc peculiarem rationem significare emptori, ne decipiatur; qui verisimiliter non emisset, si scivisset excessum esse supra iustum rei pretium.

Variatur quoque pretium propter modum vendendi. Carius sane ven-

duntur merces, cum singillatim distrahuntur; quia plus laboris et expensarum haec ratio vendendi affert: minoris in magna copia emuntur e contrario, propter contrariam rationem. Ita et minoris emuntur quae ultro offeruntur; quia *merces ultroneae vilescunt pro tertia parte*, ut cum Caiet. ait Lessius n. 33. et probat s. Alph. n. 802. atque id communis existimatio habere videtur, cui integrum est cuilibet se conformare. Sane iste modus vendendi indicat copiam mercium et paucitatem emptorum, quae duo faciunt communiter rem minoris aestimari. Lessius l. c. n. 33.

Est et publica auctio causa variationis, de qua in resolutione 5.

Praeter *legale* pretium et *vulgare*, mentio quoque fit pretii *conventionalis*, quod libera contrahentium conventione (*scienter* proinde et *voluntarie*) statuitur.

Atque de pretio generatim haec dicta sufficiant. *

380. Quoties aequalitas non servatur, ut venditor ultra supremum pretium vendat, vel emptor emat infra infimum, nisi aliqua ex dictis causis excuset, iniustitia committitur et proinde in foro conscientiae obligatio est restitutionis seu reparationis damni; obligatio gravis vel levis iuxta rationem damni. Atque id valet, ut monet s. Alph. n. 805., etiamsi contractus initus sit bona fide; nam tunc decipiens tenetur saltem ad id, in quo factus est ditior.

In foro autem externo, ad evitandas lites, actio contra damni auctorem non conceditur, nisi emens carius aut vendens vilius deceptus fuerit ultra dimidium pretii l. 2. C. *de Rescindenda venditione*. Idque etiam valet in iure canonico; at nihilominus iure canonico deceptis denuntiatio conceditur evangelica, per quam deceptores de iniusto damno resarciendo frustra admoniti, denuntiantur Praelato ecclesiastico, ut cogantur reddere, quod sub peccato mortali debent: quod colligitur ex c. *Novit, de Iudiciis*. Laym. l. c. n. 8.

* Quemadmodum venditor peccat contra iustitiam si vendat ultra summum pretium; ita identidem peccare potest, si cum pretium est taxatum in favorem vendentium, vendat infra pretium taxatum a lege; non quidem peccato inficiente contractum cum emptore, sed quatenus damnum sequitur aliis mercatoribus, qui coguntur cum suo dispendio res minoris vendere. Et quidem si fraude id faciat, quatenus minus pretium exigit, sed simul occulte se compensat, diminuendo pondus aut mensuram, iniustitiam committit adversus alios mercatores, qui ius habent ne fraude prohibeantur a suo legitimo emolumento. Si vero nulla utatur fraude, peccare poterit contra caritatem, si id saltem habitualiter fiat et iudex eum iuste coget pretio lege statuto merces vendere.

Idem autem dicendum videtur, si pretium non lege sed communi existimatione statutum sit et nequeant mercatores absque suo damno

infra illud vendere: sed tunc licebit ei, remota utique fraude, merces suas infimo pretio vendere, etsi alii vendant summo; nam et illud est pretium iustum et ipse iure suo utitur, nec tenetur aliorum lucrum procurare.

381. Plura sunt, quae vendi nequeunt, quae nimirum non sunt in humano commercio; ut res sacrae, de quibus in tr. de Simonia dictum est et res publici iuris, ut publicae viae, publicum forum etc., nisi per legitimam potestatem evadant privata.

Vendi autem possunt omnia cuiusque (nisi is incapax sit vendere) bona etiam simul tum praesentia tum futura, secus ac dictum est de donatione; nam per talem venditionem homo non fit incapax testandi nec necessariis vitae subsidiis privatur; cum aequivalens in pretio obtineat. Vendi etiam possunt bona, quae in spe habentur, ut futuri fructus agri. Vendi etiam valide potest res alterius, quemadmodum dictum est supra n. 359. Rem autem suam nemo valide emit, nisi venditor aliquid ius in ea habeat l. *Suae rei* et l. *Si in emptione* §. *rei suae* Dig. *de Contrah. empt.*

382. Porro qui valide contrahere nequeunt, nec valide vendere, emere possunt: de illis vero iam superius dictum est. Quidam speciatim ex iure communi prohibentur emere, non indefinite, sed cum limitatione, ut iudices et eorum officiales in loco ubi iurisdictionem exercent, praeter necessaria ad victum, vestitum et usum quotidianum. Item tutores, curatores et personae ipsis subiectae nequeunt emere bona eorum, qui sunt sub eorum cura aut tutela, sub poena nullitatis. Cf. l. unic. C. *de Contract. iud.* et l. *Praesides* Dig. *Si certum petatur.* tum l. *Non licet* et l. *Si in emptione* §. ult. *de Contrah. empt.* Sed consulendae sunt leges singulorum locorum.

Quaestionem facit Lugo n. 12. an quis cogi possit invitus vendere rem suam et respondet, regulariter id quidem fieri non posse: nihilominus, postulante bono publico, posse rempublicam, propter dominium altum, quod habet in bona subditorum, cogere privatos vendere sua, collato tamen proinde aequivalenti pretio; secus non venderent, sed donarent (a).

(a) Ius novum gallicum ideoque et italicum non in omnibus congruunt cum iure romano. Definitur venditio: *conventio, qua alter se obligat rem tradere, alter eiusdem pretium solvere.* C. C. G. art. 1582. C. C. I. art. 1447. Conventione facta rei et pretii, contractus est perfectus, etiamsi adhuc res tradita non sit nec pretium solutum et dominium rei, ante traditionem, est penes emptorem. G. 1138. 1583. I. 1125. 1448. Si de rebus agitur, quae pondere, numero, mensura venduntur, aut quae praegustari solent, contractus non censetur perfectus, ante quam res secundum pondus, numerum, mensuram definita aut praegustata fuerit. G. 1585. 1587. I. 1450. 1452. Promissio vendendi aequivalet venditioni, quoties adest consensus reciprocus utriusque partis in rem et pretium. G. 1589. Si promissioni coniunctae sint arrhae, quilibet contrahentium potest resilire a contractu ita ut eae amittantur ab illo, qui eas dedit: qui autem accepit, reddat duplicatas. G. 1590. Pretium determinandum est a partibus contrahentibus: potest tamen committi arbitrio tertii: si autem hic nequit

383. Iam dictum est p. 2. n. 117. ex Lugo, in contractibus, qui sunt in utilitatem utriusque, utrumque teneri ex culpa lata et levi, non vero levissima. Cf. ibid. dicta. *

Unde resolves.

LXIV. I. Quod spectat ad emptorem, is potest emere vilius, quam res valeat, si ei non sit commoda, vel emat in gratiam venditoris aut similes sint circumstantiae, quae rem faciant viliorem. Nec obstat, quod venditor necessitate ductus vendat vilius; quia venditio manet voluntaria, inquit Caiet. Vid. Bon. l. c. n. 21. et 23. Potest nihilominus graviter peccari contra caritatem, si, quando pauperculi extrema inopia res suas vendere coguntur, nimis viliter ab eis emas. Laym. l. c. n. 10.

384. * Auctor in resoll. officia et iura explicat venditorum et emptorum, quaedam etiam miscens, quae forte satius fuisset in antecessum praestituere in resp. quae principia continere debet seqq. resoll. Illud nos supplere studuimus et idcirco in nonnullis resoll. erimus breviores.

385. Itaque si emptor emit rem non sibi commodam, emet, puto, in gratiam venditoris: idcirco haec duo coniunguntur, cum rem haud sibi commodam quis emit. Veruntamen emere quis potest in gratiam venditoris rem sibi quoque commodam. Duo igitur sunt casus: si quis emit rem sibi non commodam (utique in gratiam vendentis): si quis emit in gratiam venditoris (at rem sibi commodam). Hoc alterum contingere solet vel cum venditor premitur angustia rei familiaris vel quia coactus domicilium mutare, bona quaedam, praesertim mobilia, alienare debet etc.

Quod spectat ergo ad primum casum, cum quis rem haud sibi commodam emit, resol. A. manifesta est; tum quia res in hoc casu ultro offertur et res ultroneae, ex communi existimatione, vilescunt; tum quia

---

aut non vult pretium definire, nullus est contractus. G. 1591. 1592. I. 1454. Sub poena nullitatis, fieri debent vel publico instrumento vel scriptura privata conventiones quae transferrent proprietatem immobilium aut aliorum bonorum aut iurium capacium hypotheca C. I. art. 1314. A die venditionis, omnes fructus rei spectant ad emptorem G. 1614. I. 1470. Item periculum rei nondum traditae spectat ad emptorem G. 1624. coll. 1138. I. 1480. coll. 1125. Venditor erga emptorem tenetur de evictione G. 1626. I. 1482. Venditio tamen rei, quae est alterius, nulla est. G. 1599. I. 1459. Sed haec nullitas nunquam opponi potest a venditore I. ibid. Sed venditio commercialis rei alterius est valida. Ea obligat venditorem ad eius acquisitionem et ad eam tradendam emptori, sub poena reparationis damni C. Comm. I. a. 59. Venditor laesus ultra dimidium iusti pretii (C. I.) ultra septem duodecimas partes (C. G.) in venditione rei immobilis, ius habet postulandi rescissionem contractus, etiamsi huic iuri expresse renuntiaverit in contractu et declaraverit se donare excessum C. G. 1674. C. I. 1529. Vendi potest quidquid est in commercio: dummodo particularis lex non prohibuerit alicuius rei alienationem. G. 1598. Vendi nequit successio personae adhuc viventis vel ipsa consentiente G. 1600. I. 1460. Venditiones et emptiones quaedam prohibentur coniugibus inter se, tutoribus, mandatariis, administrationibus, publicis officialibus, quae videsis G. 1595-1597. I. 1457-1458. E.

emptor merito compensationem postulat pro defectu utilitatis, quam res sibi afferre deberet. Haec est sententia communis, ait s. Alph. n. 802. Et quamvis Roncaglia ab eo citatus dicat, quod ex solo capite, quod res ultro a venditore offeratur, non est causa, cur rei pretium decrescat, nisi accedat alia circumstantia, nempe paucitatis emptorum vel pluralitatis vendentium; tamen ait s. Doctor verius alios communiter docere contrarium: quia regulariter in huiusmodi ultroneis venditionibus pauci inveniuntur emptores. At si haec est ratio, integra manet veritas sententiae Roncaglia unumque est discrimen, quod affirmetur illud regulariter contingere, quod Roncaglia ut conditionem postulavit iustae emptionis et forte putavit haud frequenter contingere. Cf. dicta sub n. 271.

386. In alio vero casu et quidem cum quis rem sibi utilem emit in gratiam venditoris, qui *paupertate* adigitur res suas alienare: s. Alph. refert l. c. duas sententias, alteram affirmantem, licere emere vilius; quia rei ultroneae de se pretium decrescit iusta communem aestimationem nec inopia venditoris facit ut communis aestimatio sit falsa; alteram negantem; quia talis emptio videtur adversari caritati et iustitiae. Quod caritati adversari possit etiam graviter, A. quoque docet; sed laedi iustitiam aegre probabitur, quandiu verum sit, eas merces, ex communi aestimatione, vilescere. Quocirca s. Doctor duo docet. 1° Affirmat, quod secunda sententia est quidem aequior et omnino suadenda: spectata tamen ratione, prior sententia non videtur improbabilis. * 2° Exceptionem statuit eamque cohaerentem cum ratione prioris sententiae nisi nempe res, quae a paupere venduntur, sint communes, ut frumentum, vinum, oleum etc.; nam ista servant pretium quod in communi existimatione habent, etsi ex necessitate vendantur. Et sane ius non est venditori pretium augere rei, quia haec est necessaria emptori; nam ea necessitas non immutat communem existimationem pretii. A pari ergo nec licebit emptori minuere pretium. Itaque s. Doctor probat priorem sententiam solum, cum agitur de rebus, quae, ut ait, non ita facile venduntur: puta utensilia, ornamenta domus, libri et huiusmodi. Horum enim pretium, cum ultro offeruntur, in communi aestimatione minuitur, nisi speciales circumstantiae accedant, ut raritas mercis, multitudo emere volentium etc.

* Atque id est, quod docet Laymann ab A. citatus; qui cum dixisset licite rem vilius emi, quae commoda non est emptori et quam hic emit rogatus a venditore, subdit: nequaquam exinde inferas, licitum esse, praecise ob necessitatem venditoris, qui rem vendere cogitur, pretium imminuere, vel ob necessitatem emptoris, qui rem emere cogitur, pretium augere. Oportet scilicet ut intercedat communis existimatio, quae valorem rei seu pretium mutet, quod cum agitur de communibus rebus negat habere locum s. Alph.

387. Si autem causa necessitatis vendendi non sit paupertas, sed alia, puta, discessio perpetua a loco, ubi res sunt, quas dominus secum ferre nequit: eadem, puto, distinctio s. Alph. adhibenda est. Nam si agitur de rebus communibus, pretium eorum propterea non mutatur: si agitur de aliis rebus, facile eae in communi existimatione vilescunt, nisi speciales accedant circumstantiae, ut dictum est. *

LXV. 2. Emptor potest emere minoris, ex eo quod multa simul emat; quia tunc venditorem liberat multis curis et expeditum facit ad alia nova comparanda, unde merito pretium decrescit. Bon. l. c. p. 4. n. 13. ex Less. Reg.

388. Nihil addendum, nisi quod haec resol. favet doctrinae de aestimabili pretio actionis, quae dat alteri commodum lucrandi; ideo enim minoris emere possum, quia hoc commodum alteri per id procuro.

LXVI. 3. Quoad venditorem, is communiter debet vendere secundum pretium taxatum a lege vel magistratu; quod si nullum est, id censebitur iustum, quod morali hominum aestimatione imponitur. Quod non consistit in indivisibili, ut anxie scrupulari oporteat, sed dividitur in infimum, medium et summum, sive, ut alii vocant, pium, moderatum et rigorosum; ita ut intra latitudinem huius pretii vendere et emere liceat, nunc summo, nunc infimo.

389. * Loquitur A. de pretio legali et vulgari, de quibus superius locuti sumus. Quaedam heic addenda sunt.

1° Notat s. Alph. n. 801. quod res in manu seu officina mercatoris, ratione habita eius laboris et operarum, pluris aestimantur, quam in manu alterius. Imo ipsum commodum, quod mercator ceteris praestat incommodo suo, dignum est aliquo praemio.

Mercator sane ceterorum utilitati servit, paratas habens eas res venales, quibus ii indigent aut quae eis sint utiles vel delectabiles: habet autem eas res apud se paratas ope sui laboris, industriae et expensarum. Porro publicum bonum postulat, ut sint in societate huiusmodi mercatores; verum nisi lucrum quoddam aut praemium accederet huic operi, nullus esset profecto, qui in commodum aliorum vellet mercaturam exercere. Idcirco iustum est ut istud incommodum mercatorum societas compenset, pluris aestimando ea, quae ab ipsis venduntur. Idque reapse fit taxatione pretii vel lege vel publica et communi aestimatione, ratione habita officii mercandi; quam taxationem nequit pro lubito mercator transilire. Lessius l. c. n. 24.

Inde tamen videretur consequi, rem venalem extra manum mercatoris non tanti valere quanti in manu mercatoris. Certe discrimen est quoddam; nam nemo tenetur rem ab alio tanti emere, quanti emeret in officina atque ita mercatores et opifices se gerunt, cum res, quas ipsi vendere solent, ab aliis emunt; pretium scilicet operae, ut dicitur, non solvunt. Nihilominus si res, quam quis ex occasione vendit, sit aeque bona ac ea,

quae apud mercatorem exstat, venditor iniuriam non facit emptori, dum eodem illo pretio vendere vult, quo a mercatoribus venditur. Quia semel ac communis existimatio pretii est constituta, integrum est cuique eam sequi, etiamsi ipse causam illi non dederit idque habetur communi iudicio in huiusmodi rebus; dum emptori nullum detrimentum infertur, qui tantidem apud mercatorem rem emere deberet. Lessius n. 25. s. Alph. l. c. Nec ulla iniuria fit mercatoribus; nam vel res, quae hoc pacto venditur, fuit empta ex eorum officina et sic iam iis pretium debitum est solutum: vel privati arte et industria fuit res comparata et sic iste illis comparari potest suaeque artis et industriae pretium exposcere.

390. 2° Cum, ratione habita laboris, expensarum, incommodi mercatorum, definitum sit aut lege aut communi iudicio pretium rei, non licet mercatori carius vendere, eo quod ipse vel inscitia sua vel propter adversam fortunam plus expenderit; quia in taxando pretio iam habita est ratio laborum et expensarum, quae ordinarie fieri solent; eius autem privatum infortunium non debet in damnum aliorum vergere. Nequit ergo augere pretium, quemadmodum pariter non tenetur minuere, si forte minimas vel nullas expensas subierit. Lessius n. 29. *

391. 3° Si uterque contrahentium pretium ignoret, iustum censetur id in quo uterque convenit; quia uterque exponitur periculo iacturae et par est periculum. Id intelligitur, dummodo *noverint se ignorare*. Nam si ex deceptione putent iustum, quod non est, res ad aequalitatem est reducenda. s. Alph. n. 802. not. 4.

392. 4° Quaeritur, ait s. Alph. n. 808.: an res, quae non sunt necessariae ad communem convictum quaeque non habent pretium legitimum aut vulgare, ut gemmae *extraordinariae,* aves indicae, picturae singulares et similia possint vendi quanti plurimi seu quanti vult dominus. Quidam affirmant et affirmationem recte probabilem esse censent Salmanticenses a s. Doctore citati. Quia, absente pretio legali et vulgari, illud putandum est iustum, quod convenitur.

* Quae ratio nulla est. Primo quidem; quia hoc ipsum est, quod est demonstrandum: deinde si hypothesis fiat quod etiam emptor libere conveniat de pretio exorbitanti, mutatur status quaestionis; quae est, an exigi possit illud pretium a domino rei, non an emptor liberaliter possit illud dare.

Alii, ut Sotus et Petrus Navarrus, quos citat Lessius n. 15., id probant; quia, cum non sint res necessariae vitae humanae, si quis velit eas emere, sponte censebitur velle dare quod alter exigit; alioquin non emeret, cum nulla necessitas eum compellat. Quibus respondet Lessius n. 17., non esse cur emptor censeatur sponte velle dare quidquid alter exigit; nam is non vult donare, sed emere ideoque solvere duntaxat pretium rei. Nec

eo quod res non sunt emptori necessariae, exinde sequitur posse pro eis exigi quodlibet pretium; norma enim pretii est aequalitas eius cum re, non necessitas cui subeat aut non subeat emptor ac ridicule statueretur ut eo carius res veneat, quo est necessaria minus.

Addunt textum l. *In re mandata* C. *Mandati* nempe: *quisque in rebus suis est moderator et arbiter* et commune proverbium: *rem tanti valere quanti vendi potest*, ex l. 1. §. 16. Dig. *ad SC. Trebell.* Sed illa lex huc non facit, quae non agit de pretio imponendo rebus, sed docet quemlibet de rebus suis disponere posse, etiam destruendo, secus ac mandatarius. Commune autem proverbium accipiendum est intra limites iustae aestimationis. Lessius n. 19.

Quocirca verius censet Lessius n. 16. et probabilius s. Alph. l. c. pretium esse quoddam harum rerum, quod iudicio prudentum et peritorum definiendum sit et quod sine iniustitia praeterire non liceat.

Repugnat sane valorem huiusmodi rerum nullo limite circumscribi ita ut veluti infiniti augmenti sit capax, quatenus pro aliqua ex his rebus exigi iure possit quidquid ab homine dari potest, amplissimum e. g. regnum et imperium. Quemadmodum ergo pretium communium rerum definit non privata cuiusque libido sed communis existimatio vel lex, quas prudentia regit; ita his normis deficientibus, pretium aliarum rerum iudicio peritorum et prudentum statuendum erit, nec iustum pretium rei rarae censeri poterit, quod omnes generatim prudentes iniustum existiment.

393. Quidam inter res istas non communes et non necessarias recensent usum corporis, saltationem, cantum, facetias et huiusmodi. Manifestum est autem, seposito usu corporis, de ceteris nunc memoratis illud dicendum esse, quod de aliis diximus, pretium earum definitum esse idque habere sensum communem prudentum, qui exhorrescerent, si e. gr. audirent pro saltu puellae datas esse Sinas.

Quod spectat ad usum corporis, distinguendum est. Nam meretrix nequit exigere pretium maius suae turpitudinis, quam quod communiter exigi solet; non enim ipsa multum aestimat carentiam suae honestatis nec est reapse admodum aestimanda, cum passim cuilibet ipsa se prostituerit et prostituat: at mulier honesta praesertim virgo potest pro usu concesso corporis quodlibet pretium postulare; quiae reapse totum illud non excedit valorem rei, qua se privat. Idcirco exigere iure potest et matrimonium cum viro nobilissimo et ditissimo etiam rege; quod, nisi ficte promissum sit aut alia iura potiora obstent, debetur. Cf. Lugo disp. 26. n. 49. coll. disp. 18. n. 47.

Atque ita s. Alph. l. c. excipio, ait, ex his mulieris honestae usum, quia cum sit pretio inaestimabilis, sine iniustitia poterit illa pro eo quamplurimum accipere ».

394. Quaerit Gury vol. 1. §. 900.: an peccent contra iustitiam, qui vili pretio emunt res veteres pretiosas, quae venales prostant apud veteramentarios.

Et merito respondet negative; quia illae res censentur communiter amisisse pretium antiquum et aliud accipere ex consuetudine seu contrahentium conventione. Idem dic de libris usu plus minus tritis, qui secus viam exponi solent *.

LXVII. 4. Si quid emptori valde utile sit, non licet hoc solo nomine rem vendere ultra pretium iustum; quia utilitas emptoris tota est ipsius, non venditoris. Bon. l. c. n. 27. ex Less. l. 2. c. 27. d. 4. Fill. t. 35. n. 77.

395. * Adverte illud *valde;* non agitur enim de utilitate, quam par est per se res afferre emptori et propter quam res est digna pretio, sed de singulari aliqua utilitate, quae ex conditione ementis procedit. De hac loquitur s. Thomas 2. 2. q. 77. a. 1. « Si quis *multum* iuvetur ex re alterius, quam accepit, ille vero, qui vendit, non damnificetur carendo re illa, non debet eam supervendere (pretio nempe maiore); quia utilitas, quae alteri accrescit, non est ex venditione, sed ex conditione ementis. Nullus autem debet vendere alteri, quod non est suum ». Haec est communis doctrina. Cf. Lessium n. 31. *

LXVIII. 5. Licet autem vendere carius, quam valet pretio currente, si alii boni tituli adsint et simul de hoc emptorem moneas; quia tunc illi non fit iniuria. Tales autem sunt v. gr. lucrum cessans, aut damnum emergens, aut incommodum, vel molestia tibi obventura ex rei venditione, aut affectus in eam singularis, ut si acceperis a maioribus, a Principe. Item si res sint novae, rarae et singulares: ut v. gr. peregrini flores, aves, ferae, monumenta antiqua, picturae, numismata. Laym. l. 3. t. 4. c. 17. §. 1. n. 10. Bon. l. c. n. 15. ex Less. Reg. etc.

396. Tituli enumerati ab Auctore noti sunt eademque est heic ratio ac in mutuo.

Certa est doctrina, oportere tunc ut venditor emptorem doceat, cur plus exigat, seu manifestet titulum, propter quam pretium quod exigit, iustum evadit. Ratio est; quia emptor non tenetur redimere illud incommodum venditoris et forte non vult. Lessius n. 27., s. Alph. n. 807., qui communem hanc doctrinam vocat.

Porro licite exigitur compensatio damni emergentis aut lucri cessantis, etiamsi pretium rei sit a lege constitutum; quia legalis taxa respicit rem in se et ab his adiunctis praescindit: s. Alph. l. c.

Salmanticenses *de Contr.* c. 2. n. 85. negant id habere locum, si venditor sit ille qui se offerat ad vendendum: s. Alph. quidem hanc opinionem non Salmanticensibus tribuit, sed auctoribus, quos ii citant: sed reipsa ita a Salmanticensibus haec sententia refertur ut una adoptetur. S. Alph. autem l. c. oppositum probabilius dicit et merito; quia haec

circumstantia non mutat rei naturam, cum ex oblatione venditoris emptor non cogatur, sed libere consentiat in pactum scil. in reparationem damni venditoris.

397. Quoad pretium exigendum per affectione, qua venditor rem prosequitur, ita Ligorius l. c.: « Communius et verius Lugo, Lessius etc. affirmant; quia privatio rei, ergo quam quis est specialiter affectus, vere est pretio aestimabilis ».

398. Agit heic s. Alph. de venditione sub hasta, seu de auctione. Diximus merces ultroneas vilescere, pretium augeri vel minui propter copiam vel paucitatem emptorum: huc porro, ait Lugo n. 45., spectat modus vendendi sub hasta. Quaeritur quodnam sit iustum pretium huiusmodi rerum.

Quatenus hae ultro offeruntur, iustum pretium earum erit infra infimum, iudicio prudentum taxandum atque exinde initium ducet licitatio et si unus accedat, rem eo pretio sibi iuste comparabit. Si vero plures accedant, qui pretium augeant, iustum pretium erit illud, quod, remotis fraudibus, ex licentium contentione, obtineri potest; etsi id excedat, valde etiam, pretium summum. Nam pretium istud tunc iustum reddit et copia ementium et desiderium seu raritas mercis et spontanea eiusdem oblatio et propter haec communis existimatio seu publica auctoritas, quae hoc pretium approbat.

Sane aequum est, ut, quemadmodum dominus rei periculo se exponit detrimenti pretii, ita et incrementum eius, si offeratur, percipere valeat idque habet communis existimatio, quae hoc pacto fieri tales venditiones ponit; ex communi autem existimatione pretii tandem iustitia dependet. Cf. Lugo l. c. et s. Alph. n. 808., qui affirmat res, quae venduntur sub hasta, posse quanti carius vendi et quanti vilius emi, modo absit fraus et pretium iam non sit lege taxatum; quia tunc potestas publica approbat pro iusto pretium illud, quod publico emptorum concursu probatur.

Diximus, si fraus absit; si enim fraude impedit quis, ne plures offerentes concurrant, aut ne plus offerant, iniustitiam committit, quam resarcire tenetur; quia quisque ius habet ne fraude impediatur ab emolumento assequendo, quod legitime sperat.

Pariter contra iustitiam peccat venditor, si fictos licitatores submittat, ut pretium augeant et sic cogat alios emere carius; fraude enim utitur in damnum emptorum.

Supposuimus venditionem sponte fieri a domino, qui idcirco ultro offerat merces suas emptoribus: at non raro venditio sub hasta est coacta, sive praecepto legis sive sententia iudicis, multiplici ex causa et identidem in commodum creditorum, aliquando in solius domini utilitatem, ut cum curator iubetur res mobiles minoris sub hasta vendere (C. Ital. art. 290.).

Quo in casu, licet merces adhuc ultroneae dici possint, exigit tamen aequitas, ab auctoritate ita venditionem temperari, ut non cedat in damnum domini, quod certe contingeret, nisi saltem infimum rei pretium posset is acquirere.

399. Quaeritur an emptor curare possit ne alii emptores concurrant, aut pretium augeant.

Si id precibus (non tamen importunis, ait s. Alph.) tantum agat et suasionibus, modo absit fraus, etsi quidam negent, communissime tamen affirmari id licere, ait s. Alph. l. c. Ratio est, quia emptor diligentia solum utitur, ut sibi consulat, quod ei licet et alioquin integrum adhuc illis est interesse auctioni et pretium augere. Sponte proinde abstinent; qua in re nulla iniuria fit venditori. Lugo tamen n. 45. et alii, quos citat s. Alph., qui et citantur a Lugo, loquuntur in hypothesi, quod emptor rem velit emere pretio saltem infimo, quibus proinde non contradicit Lessius, citatus pro altera sententia, qui n. 147. negat iuste agere emptores, qui alios rogant ut non liceantur iusto pretio (ad quod et infimum spectat), sed minori. Dum tamen res maneat intra latitudinem iusti pretii, Lessius non improbat imo probat: cf. n. 145. Hoc pacto res accepta nullum habet difficultatem, propter rationem allatam et quia lex iustae emptionis servatur.

Crederem tamen idem valere, etsi contingeret rem emi pretio sub infimo eoque, quo primum res proposita fuit, propter allatam rationem; quia ceteri nempe tandem sponte abstinent, nec venditor ius habet ut ipsi accedant, sed solum ut accedere possint, quod quidem precibus non impeditur. Pretium autem iustum rei in his adiunctis illud est, quod ab initio statuitur. Idque firmari videtur communi existimatione; nam haec ratio agendi communiter noscitur et nihilominus iustum censetur pretium, si vel sub infimo, modo intra limites ab initio statutos, afferatur.

400. * Quid vero si emptor aliquis vi pacti initi aliquem obliget abstinere ab auctione? Dicimus: *aliquis aliquem* pacto obliget; nam si conspiratione facta omnes emptores seu mercatores in id convenirent ut mercem infimo aut sub infimo pretio emerent, quaestio est specialis, cui locus proprius est, ubi de monopoliis agitur. Vid. infra paulo post. Porro in proposita nunc quaestione videtur ab eo emptore iniuria fieri venditori, qui ius habet ne quis impediatur accedere. Verum id facile intelligimus, si empturus obligat alium fraude aut vi: at si solum quidam inter se paciscantur quod alter non sit licitaturus; non liquet, cur heic ulla sit iniustitia.

Sane si fas est amicos rogare ne liceantur neve plus offerant, vix apparet, cur iidem inter se amici nequeant licite ea de re convenire. Neque enim hi alios a licitando impediunt: qui si non adsint, hoc sane per ac-

cidens continget; sicut etiam fit per accidens, ut unus aliquis, nemine simul concurrente et decertante, rem vili pretio acquirat. Vid. Diana Tom. 6. tr. 3. v. 72-73.

S. Alphonso tamen n. 808. dub. 2. videtur oppositum dicendum saltem in casu quo subhastatio sit coacta. Eius tamen ratio est difficilis. Ait enim : « ratio, quia tunc dominus rei tenetur omnino rem tradere plus offerenti : ideoque iniuriam ei emptor irrogat, si solum pretium infimum aut medium offerendo, impedit venditorem a consecutione pretii supremi, ad quod ius habet, scilicet ne impediatur ab illo consequendo ». Verum 1° in qualibet subhastatione *per se* tenetur dominus rei eam tradere plus offerenti ; id enim spectat ad naturam huius contractus nec obligatio subhastandi mutat naturam aut conditiones huius contractus. 2° Emptor paciscendo cum aliquo non impedit *per se* ne dominus rei pretium summum consequatur ; nam alii possunt concurrere et offerre. 3° Venditor non habet ius ne quomodocumque aliquis impediatur, sed ne impediatur vi et fraude : secus nec preces possent adhiberi. Scilicet, quemadmodum venditor ius non habet exigendi ut quicumque potest, concurrat, sed quilibet abstinere potest ab hoc iure concurrendi : ita potest hic se libere alteri obligare ad illud idem faciendum quod per se ipsum iure posset. Potuit proinde et hic concurrere et impotentia moralis, qua tenetur, libera est ipsi ideoque abstinet, quia vult.

401. Diximus, in qualibet subhastatione dominum rei teneri *per se* rem tradere plus offerenti. Et ratio est, quia, ut ex ipsius contractus natura apparet, stipulatio seu sponsio quaedam tacita ipsi inest, ut res cedat plus offerenti, ut proinde emptores publice convocati quoddam ius acquirant ad rem venalem, cum conditionibus venditionis satisfecerint. Ita Gury §. 908.

Verum quia tandem modus contrahendi regitur consuetudinibus loci, ubi contractus fit ; si alicubi consuetudo vigeat, ut venditor possit mercem retrahere, cum iustum pretium saltem infimum non offertur, id tunc profecto licebit et servandum praecipue foret, cum venditio est coacta ; nisi speciales leges obstent, quae sunt considerandae. Ita idem ibid.

402. Quemadmodum vero potest emptor alios prece vel pacto retrahere ne emant ; ita poterit et venditor amicos submittere, qui concurrant ad auctionem, dummodo vere parati sint emere vel suo vel alterius, etiam venditoris, nomine. Id enim aequitas postulare videtur, ut aequale sit utrinque periculum et aequalis spes. Cf. Gury §. 909.

403. Quid dicendum de cultoribus antiquitatis, qui vetera obiecta effossa, numismata, signa, vasa et huiusmodi emunt ab inventoribus levi pretio, ratione solum habita materiae aut etiam artis, qua constant et

deinde plurimi vendunt e. g. Musaeis, propter existimationem, quam obtinent eae res apud Archeologos?

Duo distinguenda sunt, quod nempe emantur ea obiecta illo pretio levi, ut dicitur et quod vendantur pretio maiore; nam illud prius sine hoc altero esse potest et quidem frequenter atque, si quod vitium est in ista negotiatione, erit in priore actione.

Nam quod spectat ad venditionem, tum ratione habita affectionis, quam merito ad rem habet archeologus, tum ratione existimationis, qua res communiter gaudet apud eos, quibus vendit, iusta censenda est eius operatio; sequitur enim commune prudentum iudicium.

Quoad emptionem ergo. 1° Si in ea regione aut gente, ubi obiectum fuit inventum, in nullo pretio sint huiusmodi res ratione antiquitatis, sed solum commune pretium habeant ratione materiae aut artis, licet certe hoc pretio eas emere. 2° E contrario si pro huiusmodi obiectis iam sit vel lege vel consuetudine pretium certum constitutum, ut audio alicubi obtinere, oportet profecto eam normam sequi. 3° Quamvis haec taxa desit, si tamen in ea regione facile inveniantur qui pretium rei, ratione etiam habita vetustatis, conveniens sint soluturi, quia e. g. plures sunt cultores huius scientiae harumque rerum studiosi collectores, tunc non puto licere obiectum emere ab emptore ignorante, nulla habita ratione pretii, quod is facile obtinere posset, propter vetustatem rei, ab aliis: privatur enim inventor lucro, quod iam est in eius potestate et privatur invitus. Non tamen totum pretium emptor debet solvere, sed deducto labore et expensis, quas inventor facturus esset, ut pretium conveniens obtineret.

Ceterum 4. puto heic maxime valere eam regulam, quam superius dedimus ex Viva n. 353.: si nempe incidamus in contractus, quos videamus a doctis et piis viris frequentari, etsi eorum iustitia non satis pateat, ne illico eos iniustitiae arguamus, sed potius investigemus rationes, quibus eorum honestas valeat defendi *.

LXIX. 6. Qui res minutim, et in parva quantitate vendunt, possunt aliquanto carius vendere, quam qui in magna quantitate; quia debent maiores labores, expensas etc. impendere ad eas conservandas et sic quidam excusant caupones et stabularios, qui avenam, foenum, paleas etc. carius vendunt, quam alii: dummodo pretium iis non sit taxatum. Sal. Trull. d. 15. n. 11.

404. Doctrina est clara. Hinc excusantur, dum pluris vendunt, qui in locis desertis, pro viatorum commodo res provident; eo quod res paratae, deficientibus hospitibus, pereunt.

LXX. 7. Non licet carius vendere praecise ob dilatam solutionem, aut vilius emere, ob praecise anticipatam solutionem; quia in venditione, quae fit credito, vel in anticipata solutione est virtuale mutuum ideoque usura, si quid supra sortem exigatur.

Quod intellige, nisi interveniat alius titulus ex supra enumeratis de usura: vel nisi aliunde crescat pretium, v. gr. ex frequentia emptorum etc. Bonac. l. c. ex Less. Regin. Fill. etc. V. superiore dub.

405.* Lessius ab A. citatus sic probat l. 2. c. 21. n. 59. hanc doctrinam. Infra infimum pretium non licet emere *praecise ratione anticipatae solutionis*, ante nimirum quam merces tradatur: est communis sententia DD. Ratio est, quia id esset lucrari aliquid supra sortem ex vi impliciti mutui. Nam illud incrementum, quo res pluris valet quam pretium, datur a venditore vi pacti praecedentis propter anticipatam solutionem idest propter usum pecuniae tanto tempore, quam emptor solvit. Quemadmodum vero non licet vilius emere praecise ob anticipatam solutionem, ita nec licet carius vendere *praecise ob dilatam solutionem*. Eadem enim est ratio.

Nihilominus ex eadem communi sententia admittit Lessius n. 60. plures titulos, eosdem scilicet ac in mutuo, propter quos qui solutionem pretii antevertunt, minoris emant licite; qui tituli, inter mercatores praesertim, fere semper, unus saltem aut alter, occurrunt.

Addit deinde Lessius aliam rationem, quae ad contractum emptionis propius spectat. Quia nempe modus hic vendendi inducit raritatem emptorum et multitudinem venditorum: id porro ratio est, cur secundum communem existimationem pretium rei minuatur. Quocirca, subdit n. 62., si nulla fieret venditio anticipata illius lanae (loquitur de anticipata venditione huius mercis frequenti in Hispania), non venderetur tunc pluris, quam nunc, anticipata solutione, vendatur, sed potius minoris, ut periti mercatores affirmant et ratio ipsa probat. Nam tunc pretium valde decresceret, tum ratione copiae, quae maxima est tempore tonsionis, tum quia eam venditores emptoribus passim ingererent et ad vitandos sumptus in eius conservatione et ad obtinendam pecuniam, qua egent.

Haec vero in qualibet anticipata emptione valent. Igitur, sepositis etiam titulis mutui, communis existimatio valoris rei facit, ut minoris ea emi possit anticipata solutione. Hanc rationem probat s. Alph. n. 811. loquens etiam de aequivalenti casu, de eo scilicet, qui carius vendit, ob dilatam solutionem; quia plures emptores ad sic emendum conveniunt et ideo res pretio augentur, secundum communem existimationem. Ita et Lessius n. 57. Sententiam suam quod talis emptio liceat, confirmat s. Doctor auctoritate plurium DD. qui sunt, praeter Lessium, Lugo, Molina, Toletus, Salmanticenses, Sanchez etc.

Quapropter in hoc modo contrahendi nulla est vel palliata usura.

Ceterum, ad praxim quod spectat, cum liceat nunc aliquid accipere praeter sortem, non est cur emptor aut venditor, quicumque sint, inquietentur, si ille, anticipata solutione, vilius emit et hic, dilata solutione,

carius vendit; dummodo augmentum aut decrementum cum debita proportione fiat, ratione habita rei et temporis. *

LXXI. 8. Licitum est vendere rem cum pacto de retrovendendo, id est, ut emptor teneatur tibi statuto tempore, vel cum volueris, eam revendere, modo vera et non ficta emptio fiat, nec palliata usura intercedat. Mol. d. 375. Less. dub. 14. etc. Qui addunt, iuxta aestimationem illius operis ac pacti, pretium esse imminuendum. V. C. Lug. d. 26. n. 189.

406.* Pactum multipliciter apponi potest; vel enim apponitur in gratiam venditoris, ut certo tempore aut quando is voluerit teneatur emptor rem revendere venditori: vel in gratiam emptoris, ut certo tempore vel quando is voluerit, teneatur venditor rursus rem emere ab emptore: vel in gratiam utriusque, ut quotiescumque alteruter voluerit, debeat alter rursus aut vendere alteri quod accepit aut emere quod dedit. In hoc pacto agitur, ut nova fiat emptio, nova venditio; idcirco per se distinguendum est ab eo pacto, quo simpliciter statuatur, ut certo tempore vel ad arbitrium alterutrius contractus initus dissolvatur et quae accepta sunt, redeant ad priorem dominum.

407. Licitum esse pactum retrovenditionis in gratiam venditoris, probat Lessius l. 2. c. 21. n. 113. ex lege Levit. XXV. Sane ea erat lex specialis. Singulis familiis portio terrae erat assignata: quisque possessiones suas vendere, pro necessitate, poterat, his tamen conditionibus, ut terra non venderetur in perpetuum v. 23. sed anno quolibet quinquagesimo seu iubilaei rediret ad priorem dominum, quin pretium refundere is teneretur vv. 13. 28.: emptor idcirco solveret pretium iuxta aestimationem fructuum percipiendorum usque ad annum iubilaei vv. 14. 15.: interim tamen venditor etiam ante annum iubilaei repetere fundum posset, sed soluto pretio ideoque redimere: in cuius pretii solutione computandi erant fructus interea percepti ab emptore; hoc est solvendum erat pretium fructuum annorum, qui adhuc reliqui erant usque ad iubilaeum, quos prior emptor, retento fundo, sibi comparasset vv. 26. 27. Redibat ergo huiusmodi venditio possessionum ad locationem et ius percipiendi fructus. Domus tamen (exceptis iis, quae essent levitarum), quae intra muros urbis erant, ita vendi poterant, ut, si post annum venditor non redemisset, possiderentur in perpetuum ab emptore, nunquam rediturae ad priorem dominum vel tempore iubilaei vv. 29. 30.

Domus autem levitarum in urbibus semper redimi poterant et, si non redimerentur, anno iubilaei revertebantur ad priores dominos vv. 32. 33.

In venditione ergo domorum (quamvis non possessionum, ut monet Lugo disp. 26. n. 184.) locum habebat id, quod obtinet in pacto retrovenditionis, etsi ibi non vi alicuius pacti, sed legis, ut venditor, utique intra breve spatium temporis, exigere posset, ut res a se vendita sibi rursus

venderetur. Probavit ergo Deus hanc agendi rationem, quod erat Lessio demonstrandum.

408. Honestatem huius pacti ratio ipsa demonstrat. Nam qui dominus est rei, potest de ipsa disponere prout ipsi lubet, dummodo iustitia servetur: potest ergo in venditione rei conditiones adiicere e. g. reservans sibi ius praelationis, ut nempe si emptor rem alienare velit, ipse venditor praeferatur: potest et onera imponere, dummodo iuxta aestimationem onerum pretium minuatur, ut fiat aequalitas; itaque et onus retrovenditionis imponere potest, dummodo hoc onus quadam ratione compenset; emptor enim rem accipit sine plena facultate, pro suo arbitrio de ea disponendi. Cum ergo talis compensatio fieri possit, ita ut aequalitas utrinque servetur, non est ambigendum de honestate huius pacti.

Compensatio huius oneris in diminutione pretii consistit, iuxta DD. ut pro re certo tantum tempore possidenda et fruenda minus solvatur, infra scilicet iustum pretium vel infimum, quod ei deberetur, si emeretur in perpetuum; minus quippe in tali hypothesi res valet *.

Quanta autem esse debeat diminutio pretii, disputatur. Alii volunt detrahendam tertiam partem, alii quartam tantum, alii iique rectius, diminuendum ad arbitrium prudentum, scilicet ex adiunctis omnibus rite pensatis definiendum pretium s. Alph. n. 812.

409. * Quaeritur an, cum res retrovenditur, venditor prior, qui eam recipit, debeat maius pretium solvere prae eo, quod accepit, an satis sit, si reddat quod accepit. Quaestio supponit duplicem reipsa haberi venditionem, ut prior emptor rem suam vere vendat priori venditori et idcirco in utraque leges proprias iustae venditionis servandas esse. Huc revocandum est, quod superius dictum est de iustitia pretii: iuste scilicet emptor emit solvendo pretium infimum et iuste quoque venditor vendit exigendo pretium summum: ut intra ipsos limites iustitiae, aliud sit, quod possit dari, aliud, quod possit exigi.

Iam vero, ut quaestioni respondeamus, videtur emptor exigere posse, ut in redemptione mercis maius pretium sibi solvatur, quam quod ipse dedit. Huc facit argumentum, quo in re simili utitur Lugo n. 192.: « Quia eo ipso, quod res venditur cum pacto retrovenditionis in favorem venditoris, debet vendi pretio minori *infra iustum*, propter illud onus superadditum: quando autem venditur postea eidem venditori, datur sine ullo onere; ergo debet tunc emi pretio *iusto integro;* non ergo potest cogi emptor ad revendendum postea pretio minori (quo nempe ipse emerat), sine iniustitia ».

Pariter idem Lugo ad quaestionem, an emptor, qui rem emit pretio infimo, exigere possit, ut venditor redimens pendat pretium summum, non dubitat respondere affirmative n. 196.; eo quod in retrovenditione

emptor vendit rem suam et pro re sua, quam vendit, exigere potest pretium summum, quod tunc valet.

Quocirca emptor, qui rem emit cum pacto retrovenditionis in gratiam venditoris, poterit haec in pactum deducere, nolens aliter acquiescere emptioni.

Nihilominus haec non sunt necessaria, ut iustitia servetur. Sane, ut idem Lugo l. prius c. advertit, fieri potest, ut fructus interim percepti ab emptore ex re, quam minus emit quam valeat, compensationem ei praestent pro ea obligatione, quam suscepit, seu compensent eam inaequalitatem, quae est inter pretium, quod recipit et pretium iustum integrum rei. Id non modo fieri posse, sed ordinarie contingere putamus. Scilicet cum emptor minus solvat, quam res per se exigat, iam sponte fit, ut vel ratione portionis pretii retentae, qua uti interea potest, vel ratione fructuum, qui maiores fuerunt, quam postularet pretium quod dedit, compensationem obtinuerit pro obligatione suscepta retrovendendi. Quo posito apparet iuste venditorem se gerere, etsi in redemptione non persolvat illam pretii portionem, quam ipse emptori detraxit, propter onus retrovendendi, quod ille in se suscipiebat. Molina disp. 376. n. 4.

Quare et s. Alph. n. 812. proposita prima conditione in hoc contractu requisita, ut nempe in priore venditione pretium minuatur iuxta aestimationem gravaminis, subiicit alteram, quae est, ut non apponatur pactum, quod retrovendatur pluris vel minoris (intelligo, quam fuerit pretium prioris emptionis). Ne redimatur *minoris*, res est clara; ne autem redimatur *pluris*, cum nullam rationem afferat s. Doctor, ea esse videtur ratio, quam modo attulimus. Quae doctrina ad id certe valet, ut venditor cogi nequeat pluris redimere, etsi emptor pariter detrectare possit pactum illud, quod in gratiam venditoris apponitur, nisi in secunda venditione integrum pretium rei ipsi pendatur. Rem enim suam vendens, illud exigere potest.

410. Haec minori, puto, erunt subiecta difficultati, si contractus iste alio modo, licet idem sit exitus, concipiatur. Sane aiunt (cf. Lessium n. 115. Lug. n. 196.), non esse improbandum contractum, quo venditor paciscitur, ut possit eodem pretio, quod accepit, restituto, rem suam repetere. Nimirum non agitur de novo contractu h. e. revenditionis ineundo, sed simpliciter de dissolvendo, ex mutua contrahentium voluntate, contractu inito, contrahentibus enim integrum erat ab initio contrahere indissolubiliter vel dissolubiliter. Cum nullus novus contractus fiat, sed solum qui factus est, dissolvatur, restat ut quisque quod dedit recipiat.

Iam vero si id usu receptum sit, ut huiusmodi pacto hoc contrahentes tantum velint, dissolutionem nempe contractus, quemadmodum codex e. gr. Gallicus 1659. et Italicus 1515. significare videntur, qui solum de

redemptione, seu recuperatione rei loquuntur, nulla mentione facta secundae venditionis: quaestio practica huc redit, an, cum titulus novae venditionis non intercedat, emptor, qui in gratiam venditoris, obligationem suscipit rem restituendi, plus exigere possit, quam dedit. Certa nulla iniustitia apparet, si tantum recipiat, quantum dedit.

Nam vel emptor pretium iustum rei antea solvit, vel minus. Si iustum, recipiens illud loco rei, tantundem habebit; si minus antea solvit, cum hoc idem recipiat, compensabitur hic defectus excessu illo, quem ipse obtinuit, cum rem haberet pluris valentem, quam exsolverit, qui excessus semper in eius bonis perseverat.

Id sane frequenter usuvenit in redemptione censuum.

Hic ergo emptor contentus esse potest: quae si ei non probantur, non emat: si autem venditor aliquid sponte superaddat, licebit ei recipere. Huc respexisse videtur s. C. P. F. responso dato 5. Martii 1860. apud Bucceroni Enchiridion p. 43. seq.

411. Aliae conditiones in hoc pacto retrovenditionis necessariae sunt: ne imponatur, ut periculum rei venditae sit apud venditorem; id enim contractui venditionis adversatur: nisi augeatur pretium, iuxta aestimationem periculi, ait s. Alph. n. 812. Praeterea ut res ab emptore restituatur qualis accepta fuit, absque novo onere, ut sit aequalitas.

Quaeritur an istud pactum conferat venditori *actionem in rem*, ita ut eam repetere valeat ab eo cui forte emptor vendiderit aut donaverit, an solum actionem in personam emptoris, ut damnum resarciat. Lessius n. 121. censet probabile quidem esse, quod venditori competat actio in rem, at verius esse, quod competat sola actio in personam; quia nequit illud pactum tribuere maius ius, quam venditio, quae citra traditionem, tribuit solum ius in personam. Haec est sententia quoque Molina disp. 374. n. 9., qui eam confirmat l. *Si fundum* C. *de Pactis inter empt. et vend.* etc., ubi solum personalis actio ex pacto de retrovendendo conceditur. Lugo disp. 26. n. 190. censet id pendere ex intentione contrahentium; per se enim utrumque fieri posse. Verum spectandae sunt speciales leges locorum. *

412. Hactenus de pacto retrovenditionis seu dissolutionis contractus in gratiam venditoris. Quaeritur an idem liceat in gratiam emptoris. Etsi quidam negaverint ob metum usurae: communissima sententia est, id licere et sententiam hanc probabiliorem dicit s. Alph. n. 813., sub certis conditionibus; nam par est ius in utroque contrahente. Prima autem conditio est, ut priore vice sit vera venditio, non praestatio pecuniae, cum iure eam repetendi et interim cum iure percipiendi fructus ex re aliena. Id tamen modo, cum liceat fructus percipere ex praestita pecunia, non esset per se improbandum, dummodo proportio servaretur inter pecuniam datam et fructus perceptos. Altera conditio est, ut emptor, cuius arbitrio

res est reemenda a venditore, augeat pretium, propter onus, quod venditori imponit. Tertia conditio est, ut non obligetur venditor reemere eodem pretio maiori, quod accepit, sed solum pretio, iuxta rei valorem tempore venditionis; quia excessus prae iusto pretio datus venditori, totus ad illum spectat, ratione oneris ipsi impositi reemendi ad arbitrium emptoris.

* Quae ratio cur non valebit etiam in simili casu retrovenditionis in gratiam venditoris? Nec probat s. Doctor, quod docet Lessius n. 118., id excusari posse ex communi usu et aestimatione hominum. Nam magni, ait Lessius, aestimatur inter homines, quod emptor tandiu careat illa summa, qua auctum est pretium et quam pro onere illo dedit et quod venditor interea possit illa uti et ex ea lucrari et spem habeat fore ut non cogatur redimere etc., quae omnia saepe tanti possunt aestimari, quanti illa obligatio quam venditor suscipit. Haec negari nequit, nostra praesertim aetate, magnam vim habere et idcirco sufficientem compensationem etiam in hoc pacto adesse, etsi idem pretium restituatur; quemadmodum diximus de pacto praecedente. Verum pactum istud in gratiam emptoris, quaedam moderna iura non admittunt (a).

413. Ex dictis facile infertur licere quoque pactum retrovenditionis, in gratiam utriusque; dummodo proportio in pretio servetur, ut nimirum maius sit, quam si in solius venditoris gratiam, minus, quam si in solius emptoris gratiam pactum fieret. Ex utraque enim parte compensatio quaedam est exhibenda. Cf. Lugo n. 202. *

414. * De Contractu loquamur, qui apud Hispanas *Barata* seu *Mohatra* appellatur, italice vero *Stocco;* etsi haec vox cum hoc sensu in bonis lexicis non occurrat et Lugo n. 204. asserat apud italos vocari *stocola.* Venditio est cum certo pacto: nimirum res seu merx venditur credito ei, qui pecunia eget et venditur pretio summo, cum pacto ut statim emptor rursus vendat venditori infimo pretio, quod illico solvitur et sic ille manet debitor tantidem cum excessu, quo summum pretium superat infimum.

In hoc contractu facile peccatur contra caritatem: sed quaestio est

(a) In iure gallico permittitur huiusmodi pactum redemptionis seu recuperationis in gratiam solius venditoris, ita tamen ut facultas rem suam recuperandi non producatur ultra quinquennium, quo tempore elapso, res irrevocabiliter fit emptoris. Intra hoc tempus venditor potest rem suam persequi etiam apud alium, qui eam ab emptore acquisiverit. Venditor rem suam repetens, debet non solum restituere principale pretium, sed et solvere expensas pro contractu venditionis easque quas subiit emptor pro reparationibus rei necessariis et eas, quae valorem fundi auxerunt. Nisi his omnibus fecerit satis, nequit is possessionem rei obtinere. Cum vero redit in possessionem fundi, accipit illum immunem a quovis onere et hypotheca, quibus fuerit ab emptore gravatus: tenetur tamen servare contractus locationis, quos emptor absque fraude iniverit. C. C. art. 1659. 1660. 1664. 1673. Ita et codex italicus art. 1515. 1516. 1520. 1528. qui tamen obligationem servandi contractus locationis limitat, si nempe non ultra triennium fuerint constituti, 1528. E.

de iustitia eius. Si pacto obligetur emptor mercem emere credito, pretio summo et item revendere eidem venditori pretio infimo; manifesta est iniustitia in imponenda hac obligatione emptori egenti, non relicta ei libertate mercem emptam vendendi cui voluerit et eo pretio (intra limites iusti), quo voluerit. Nulla enim compensatio emptori, pro hac obligatione, a venditore offertur. Et si animo usurario fiat, nulla dubitatio quod labem saltem usurae mentalis habeat. At (seposita facultate lucrum aliquod percipiendi ex pecunia praestita) contractus hic cum huiusmodi pacto continere videtur palliatam usuram. Ille qui eget, non quaerit merces, sed pecuniam, qua eget et imponitur ei obligatio emendi credito merces et obligatio eas revendendi eidem venditori ac obligatio emendi pretio summo et revendendi pretio infimo. Cum ita negotium geritur, hoc unum videtur agi, ut debitor pro minori summa accepta reddat maiorem, h. e. pecuniam cum lucro restituat atque ita damnum debitoris certum est. Et in hoc apparet iniustitia huius contractus, nempe in obligatione absque causa imposita, quae damnum certum infert emptori. Hic est contractus damnatus ab Innocentio XI. prop. 40. ann. 1679. 2. Mart. « Contractus mohatra licitus est etiam respectu eiusdem personae et cum contractu retrovenditionis praevie inito cum intentione lucri ». Contradictoria huic propositio est: *contractum hunc esse illicitum*, non, *esse usurarium*.

Quia vero nunc licet lucrum quoddam ex praestita pecunia percipere, si excessus, qui exigitur, sit lucrum conveniens, desinet, ait Gury V. 1. §. 906. vitium usurae; manebit tamen peccatum contra caritatem, si illi egenti mutuandum fuisset gratis.

415. Si autem pactum absit, contractum per se licitum esse, docet communis DD. sententia, ait Lugo n. 205. et s. Alph. n. 813. nota. Nam certe licet venditori vendere mercem summo pretio; alter autem ab emptore emere eam potest infimo pretio. At si alter potest, cur non poterit idem venditor: cum sint duo contractus prorsus distincti et uterque iustus? Cf. Lessium l. c. n. 130.

Hinc infert Lugo n. 206., dummodo pactum explicitum vel implicitum absint, licere venditori intendere huiusmodi retrovenditionem et lucrum; quia quod licet facere, licet intendere et desiderare. Atque, etiamsi redemptio mercis viliori pretio sit intentio principalis venditoris, id actionem non vitiat; quia licet agenti illud principaliter intendere, quod in re est accessorium minusque principale: quo posito, nec actio vitiabitur, si talis intentio a venditore manifestetur emptori, quandiu nullum inferat pactum; quia, cum intentio licita est, nequit evadere illicita eo quod fiat manifesta. Caute tamen heic procedendum, ne manifestatio intentionis induat rationem pacti et det locum iniustitiae vel eius praesumptioni. Ibid. nn. 207. 208 *.

416. * Iure romano olim concessum erat proximis et consortibus venditoris ut prohibere possent, ne venditor, ipsis praetermissis, rem extraneis venderet: hanc legem abrogavit Valentinianus l. *dudum* C. *de Contrahenda empt.* etc.: restituta fuit tamen ex parte in legibus feudalibus et consuetudinibus locorum, inducto scilicet iure προτιμήσεως seu *retractus*, ut dicitur, *gentilitii*, de quo tanquam in quodam municipio obtinente mentio fit c. *Constitutus, de In integrum restitutione.* Cf. lib. 2. Feudor. tit. 9. Ius erat concessum proximo consanguineo venditoris, rescindendi intra certum tempus venditionem et ad se revocandi rem immobilem venditam, oblato eodem pretio, quo ab extraneo aut remotiore consanguineo empta fuerat; lugubre est enim res maiorum nostrorum ad manus transire alienas, ut dicitur l. 22. §. *nec vere domum* C. *de Administratione tutorum* etc. Conditiones pro exercitio huius iuris eae erant, quas recenset Laymann *de Pactis* c. 17. §. 6.

Nimirum 1° ius hoc valebat solum, cum res immobilis vendita fuisset, non donata, locata etc. 2° Idem ius proximi consanguinei personale erat, non transibat proinde ad heredes. 3° Cum res extraneo aut remotiori consanguineo fuerat vendita, absque legitima denuntiatione praemissa, proximus intra annum et diem ius habebat retractus. 4° Si vero is, legitima facta denuntiatione et requisitione, nolebat emere, post duos menses res alteri vendi poterat irrevocabiliter. 5° Proximo non licebat rem sibi retrahere in commodum alterius aut ut alii venderet, sed solum ut familiae restitueret; hic enim erat scopus huius privilegii. Sed de hoc privilegio, nunc antiquato, satis.

417. Romanae leges duo alia pacta memorant, quae adiici possunt contractui venditionis. Alterum est pactum *legis commissoriae;* quod in hoc est situm, ut, si debitor non solverit pretium intra certum tempus, res sit inempta, h. e. reddatur venditori rei cum fructibus. Cf. tit. in Dig. *de Lege commissoria.* In qua nuncupatione *lex* perinde est ac *conventio* et *commissoria* vocatur, quod qui in eam committit, in universum contractum committere seu ei adversari censeatur. Cf. Molina disp. 324. Cum id in beneficium venditoris constitutum sit, integrum ei est, non impleto pacto, vel dissolvere contractum vel cogere emptorem, ut pretium solvat. Molina disp. 378. Iustum esse tale pactum satis patet.

Alterum est pactum *addictionis in diem,* quod eo redit, ut venditori liceat rem alteri *addicere* h. e. vendere, si intra certum tempus alius emptor meliorem obtulerit conditionem. Idque valet, etiamsi priori emptori res iam tradita fuerit. Cf. in Dig. tit. *de Addict. in diem.*

Commune est utrique pacto, quod rescisso contractu, dominium rei, etiam ante traditionem seu restitutionem, spectet ad venditorem l. *Si quis hac* Dig. *de Rei vindicatione.* Cf. Molina disp. 378. n. 7.

Quod spectat ad secundum, utique primus emptor, rem restituens, fructus quoque formaliter exstantes restituere debet l. *Item* et l. *Imperator* Dig. *de Addict. in diem:* fructus vero consumptos, etsi emptor locupletior evaserit, censent quidam non esse, saltem probabilius, restituendos; tum quia is fuit possessor bonae fidei et rei dominus, quamvis revocabilis atque interim venditor pretio uti potuit, tum propter l. *Quotiens* Dig. tit. cit. §. 1., quae statuit emptorem priorem interea *usucapere posse et fructus et occasiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.*

Si prior emptor paratus sit plus adiicere, non licet venditori rem posteriori addicere l. *Licet* Dig. eod. tit.

Licet autem et emptori pactum adiicere, ut *liceat resilire, meliore conditione oblata* l. *Sabinus* ibid.

Manifestum est huiusmodi duo pacta adiungi posse aliis quoque contractibus, puta *locationis* etc. *

LXXII. 9. Monopolia, id est, cum unus vel plures id efficiunt, ut ipsi soli aliquid vendant, vel cum mercatores conspirant, non minoris vendere, non sunt contra iustitiam; modo non conspirent ultra iustum pretium vendere. Ita contra Rebell. Navar. etc. docent Mol. Less. etc. Qui tamen concedunt, esse contra caritatem. Vid. Cardin. Lug. d. 26. sect. 13. Porro Principum vel Magistratus est, cum uni vel paucis tale privilegium conceditur, ut soli aliquid vendant, iis etiam pretium taxare et sic praevidere, ne subditi graventur. V. Less. c. 21. d. 20. Card. Lugo l. c. et Trull. c. 20. d. 18. Ubi recte notat ex Navarr. etc. etsi alia monopolia ex iusta causa, auctoritate Principis vel Reipub. concessa taxato pretio sint licita, v. gr. bibliopolis, ut nemo alius talem librum vendat, vel ut tantum sit unus aut duo tabernarii in aliquo loco; nihilominus quando unus, vel pauci propria auctoritate ea constituunt, v. gr. emendo merces certi generis, ut frumentum, vinum, oleum etc., ut ipsi deinde arbitratu suo vendant carius, peccare semper etiam contra iustitiam cum obligatione restituendi.

418. * *Monopolium* (unius venditio, graecum vocabulum, quod Tiberius nominaturus in Senatu prius veniam postulavit a Patribus, quod sibi verbo peregrino utendum esset: Svetonius) dicitur, ait Lugo n. 170., quando unus vel pauci curant, ut venditio vel emptio aliquarum mercium ad ipsos solos reducatur, ut alii omnes ab iis, pretio, quo ipsi voluerint, emere cogantur. Porro manifestum est, quod hac definitione posita, iam praeiudicata est quaestio de eius honestate: nequit enim esse honestum, quod alii emere cogantur pretio, quod placet venditori. Haec est potius definitio mali monopolii seu, ut ait Lessius n. 144., monopolii proprie dicti, quod in malam partem accipi solet. Generatim monopolium est, cum mercatores id curant et efficiunt ut pauci ipsi soli vendant aut ut quotquot sunt certo pretio vendant. *

419. Multiplex est eius modus: 1° si venditores inter se conspirent de pretio, ut nemo vendat minoris: id et ab omnibus simul mercato-

ribus loci alicuius fieri potest: 2º si unus aut pauci agant ut ipsi soli vendant, sive obtento *privilegio principis*: 3º sive *ex industria*, coemendo omnes merces: 4º si impediant fraude ne alii vendant aut ne aliunde merces importentur ab aliis. Cf. Lessium l. c.

420. Iam vero quoad primum: si pretium mercis, quod inter mercatores convenit, sit intra limites iusti pretii, quantumvis summum, nullum est peccatum contra iustitiam; ius enim ad illud habent: si autem sit ultra summum, peccabitur contra iustitiam. Huc spectat pars legis unicae C. *de Monopoliis* etc. « Iubemus ne cuiusque vestis vel piscis vel pectinum (genus piscis, Horat. l. 2. serm. 4. v. 34.) forte aut echini vel cuiuslibet alterius ad victum vel ad quemcumque usum pertinentis speciei vel cuiuslibet materiae, pro sua auctoritate... monopolium audeat exercere neve quis illicitis habitis conventionibus coniuret aut paciscatur, *ut species diversorum corporum negotiationis non minoris, quam inter se statuerint, venundentur* ».

Eodem pacto absque iniustitia emptores conspirant, ne supra infimum pretium emant non vero ut infra illud emant; tenendum est enim iustitiam pretii non pendere ex libidine mercatorum aut emptorum, sed vel ex taxatione principis vel ex communi aestimatione, spectata copia aut raritate mercium, emptorum, venditorum aliisque circumstantiis.

421. Quod si, exsistente conspiratione ista vendentium aut ementium, pretium rei variatur, quatenus pendet ex facilitate et copia vel difficultate et raritate venditorum aut emptorum; certe pretium iustum non est censendum, quod ex hac conspiratione oritur, sed, quod, secluso hoc monopolio, merces haberent antecedenter; nam, ut dictum est, iustitia pretii nequit pendere ab arbitrio venditoris aut emptoris. Lug. n. 173.

Quamvis autem contra iustitiam non fiat, si pretium summum exigatur: peccari tamen hac conspiratione potest contra caritatem; quatenus impeditur, ne alii minoris vendant, quod pauperibus certe grave est. Quamvis enim caritas, ait Lugo n. 175., non te obliget ad vendendum infra summum pretium, videtur tamen te obligare ad non dissuadendum aliis, ne mitiori pretio vendant. Sicut licet non te obliget caritas ut eleemosynam des, videtur tamen te obligare ne alios volentes dissuadeas. Sensus sane communis satis docet, id non immerito graviter laturum pauperem et non absque ratione querelas acturum: quod autem huiusmodi est, cur non erit contra caritatem? Qua in re et graviter peccabitur, si damnum sit grave.

Imo damnum hoc pacto idemque grave fieri et iis potest, qui non sint pauperes. Idcirco et ea conventio, quam non esse contra iustitiam diximus, prohiberi lege potest ad eamque spectare videntur priora verba ex allatis legis citatae, quemadmodum prohiberi potest et illud mono-

polium, de quo tertio loco dicemus, quamvis videri possit non esse contra iustitiam et prohibitum dicta lege videtur, quae absolute loquitur.

Adverte, quod ait Tamburini, agens de dicta conspiratione mercatorum *Decal.* l. 8. c. 7. §. 12. n. 7. « Illud non damno: posse huiusmodi monopolium monopolio trudi, h. e. donec vendentes vendunt (seu vendere volunt) pretio plusquam rigoroso, emptores emant (seu emere constituant) ex compacto, minus quam infimo: donec, inquam; nam cessantibus illis sive partim sive ex toto, cessare et hi simili modo debent ». Sed in praxi vix erit possibilis huiusmodi concertatio, nisi agatur de mercibus minime necessariis.

422. Quod spectat ad monopolium ex privilegio principis, fuerunt qui negarent ipsum licere, ut Caietanus, Silvester, Soto, Medina apud Lugo n. 17.: communis tamen sententia est, in certis adiunctis licere principi tale privilegium alicui concedere: cum scilicet id confert ad bonum commune. Sane non raro contingit ut hoc privilegio alliciantur quidam ad eas merces providendas, quae utiles sunt civitati; quas tamen nemo sibi relictus vellet comparare, ob timorem omittendi sumptus, si plures concurrant. Sic frequenter nemo opus novum typis ederet, machinam a se inventam in publicum proderet, si cuique statim liceret ea edere et vendere. Identidem si quod institutum est reipublicae valde utile, caret tamen necessario pecuniae emolumento pro expensis faciendis, consulere ei poterit princeps concesso alicuius mercis monopolio.

* In huiusmodi privilegii concessione advertendum quod monet Lessius c. 21. n. 149. nimirum, « quando princeps tale privilegium concedit in mercibus communiter reipublicae ad politicam vitam necessariis, debet simul pretium taxare: quod si id eorum arbitrio relinquat, iniquum hac in parte erit privilegium; nam datur illis occasio vendendi iniquo pretio cum notabili damno reipublicae, quod ipse tenebatur pro officio suo impedire: secus tamen, si id concedat in mercibus, quae solum ad delicias et luxum pertinent, quas nemo cogitur emere ». Pariter tenetur princeps consulere ut merces bonae et utiles vendantur ab habente privilegium monopolii; secus in damnum cederet commune. Pergit Lessius: « Si vero privilegium sine iusta ratione concessum fuerit, est iniquum fitque iniuria subditis et tales merces vendere volentibus, qui iniuste impediuntur et emptoribus, qui eas meliore pretio emerent: unde utrisque tenentur ad restitutionem primo loco, qui privilegium impetrarunt (sunt enim causa principalis, et possident alienum), secundo loco, qui concesserunt ».

423. Quid vero si industria sua quidam omnes merces emunt ut eas soli postea vendant? Supponimus emptas esse iusto pretio tunc vigente. Certum est, quod si hi vendant supra iustum pretium rigorosum, peccant contra iustitiam; si autem servant pretium iustum ut ut summum,

non peccabunt contra iustitiam. Sed ex communissima sententia peccant contra caritatem et quidem graviter, quia impediunt ne alii mitiori pretio vendant et sic procurant damnum pauperum, ut dictum est n. 421.

Verum quaestio est, quodnam in his adiunctis sit pretium iustum; nam vi huius ipsius monopolii pretium crescit supra id, quod foret, si ii pauci merces omnes non comparassent. Estne ergo pretium iustum id, quod exsistit occasione huius monopolii, an illud, quod, eo seposito, exsisteret, habita ratione abundantiae mercis, multitudinis emptorum etc.? Respondet Lugo n. 176., quemadmodum superius n. 420. dictum est, pretium iustum esse, quod per se foret, seposito eo monopolio, neque enim ab arbitrio venditoris debet pendere iustitia pretii.

Lessius tamen nn. 150. 151. ponens utique casum, quando unus aut pauci coemunt omnes merces certi generis, ut ipsi postea *pro suo arbitratu* vendant, relata sententia DD., qui passim docent hos peccare contra iustitiam, quam sententiam probabilem dicit: subdit, sibi videri non improbabilem sententiam contrariam, quae negat eos peccare contra iustitiam, quamvis eorum opera inducta sit caritas et ideo auctum pretium. Censet ergo Lessius posse tunc mercatores exigere pretium summum, quod ex ipsa circumstantia monopolii originem habet. Ratio est; quia non peccarunt emendo, cum iusto pretio emerint et nulla lege tenerentur non emere: etsi vero ex eorum actione inducta sit caritas, quia tamen eorum actio non fuit iniusta, beneficio uti possunt aucti pretii, quod per se ex multitudine ementium et paucitate vendentium oritur. Peccarent quidem contra iustitiam, ait n. 152., si ex arbitrio pretium definirent, sicut dictum est in primo casu n. 420., non vero si pretium summum exigunt, quod ex praesentibus circumstantiis determinatur.

Affirmat tamen Lessius, quod, etsi hi non peccent contra iustitiam particularem, peccant contra caritatem et contra iustitiam legalem seu publicam utilitatem, ut idcirco et a republica coerceri possint ac graviter puniri.

Haec est sententia Molina disp. 345. nn. 7.-10. cum disputat de huiusmodi hominibus, qui « in causa sunt quod caritas in republica inducatur, vel qui in causa sunt ut tunc pretia rerum accrescant et cives carius emant ». Porro ait: « Secunda conclusio: si perniciosi reipublicae sint, inducendo rerum caritatem, augendo illarum pretia et impediendo ne cives congruo tempore sibi emant necessaria, peccant ita emendo et prohibendi ac puniendi a republica sunt tanquam ipsi perniciosi, imo vero cogi tempore caritatis possunt in poenam, vendere vilius quae ita in reipublicae praeiudicium emerunt. In hac conclusione omnes conveniunt ».

« Tertia conclusio. Non video, unde homines, inducendo modo expli-

cato caritatem rerum emendo, restituere reipublicae teneantur damnum illatum. Ducor, quoniam non video illos contra iustitiam peccare in rempublicam et in partes eius, inducendo ita per accidens caritatem rerum, sed solum peccare contra proximorum dilectionem. Utuntur quippe iure suo intra iustitiae limites, emendo res tempore abundantiae, pecunia sua, pretio iusto neque res, quas emunt, debitae sunt aliis ex iustitia, ut eis potius vendantur etc. ».

424. Haec sententia Lessii et Molina non probatur s. Alphonso n. 816.: ita tamen ab ipso exhibetur ut his mercatoribus, citra iniustitiam, liceat vendere merces carius *ad suum libitum*: at adeo non progreditur eorum doctorum sententia, qui solum putant non peccari contra iustitiam, si pretium illud summum exigatur, quod determinant circumstantiae temporis venditionis. S. Doctoris sententia est, quam communem dicit et veram, hos emptores teneri ad restitutionem damni, arbitrio prudentum, ceteris emptoribus et reipublicae, *si merces vendant carius, quam iuxta fori existimationem pretium curreret, si ipsi monopolium non fecissent.* Ratio est, qui isti sunt causa, ut pretium iniuste augeatur » et citat doctrinam Lugo superius allatam. *

425. Sane vix fieri potest, ut huiusmodi homines non peccent graviter contra iustitiam. Ut enim iniustitia absit, pretium debet esse iustum (ut iam audivimus a Lugo), spectata copia v. g. tritici vel inopia, neque statuendum est pretium ad arbitrium eorum, qui nolunt vendere nisi hoc vel illo pretio.

Porro ne deveniatur ad moderatum illum limitem pretii, tria obstant ex istorum opera. 1° Quod tempore messis altius (summum scilicet) pretium servatur; secus non possent monopolistae totum corrogare: singuli autem venditores, ex oblato sibi ab illis commodo, mercem altius vendendi, non descendunt ad mitiora pretia, prout copia mercis exigeret. 2° Quia deficientibus deinde pluribus, qui venalem habeant mercem, deficit eo ipso potissima ratio, cur pretium minuatur. 3° Denique adest illa circumstantia, quae ex omnium consensu ad augendum pretium impellat, scil. multitudo indigentium merce et raritas vendentium. Ergo vix unquam fieri poterit, ut veniatur ad iustum pretium, quod copia mercis postularet.

426. Pariter peccant mercatores, qui pactum ineunt, ne a pauperibus emant, quae minutim vendi solent, nisi vilissimo pretio ut pullos, ova, caseum etc. aut vilissimo pretio eorum operas conducant. Et peccatum erit contra iustitiam, si pretium sit sub infimo: contra caritatem, si infimum, ut emolumentum impediatur, quod pauperes facile consequi possent.

Idem vicissim dicendum de operariis et artificibus, si paciscantur mutuo de exigendo altissimo pretio.

* Pariter lex cit. C. merito illud prohibebat: « Aedificiorum quoque artifices vel ergolabi (operum redemptores) aliorumque diversorum operum professores et balneatores penitus arceantur pacta inter se componere: *ut ne quis quod alteri commissum sit opus impleat aut iniunctam alteri sollicitudinem alter intercipiat:* data licentia unicuique ab altero inchoatum et derelictum opus, per alterum, sine aliquo timore dispendii implere ».

427. Si tandem quarto modo monopolium agatur, peccabitur contra iustitiam, si vi aut fraude impediatur ne alii vendant aut suas merces introducant: si absit vis aut fraus, peccabitur contra caritatem, ait Lugo n. 179., in iis casibus, in quibus peccant, qui aliis suadent, ne aliter, quam summo pretio vendant. Cf. n. 421. Lessius pariter censet, quod, si absit vis et fraus, peccetur tantum contra caritatem. n. 153.

S. Alph. vero n. 815. absolute ait: « Si mercator impediat, ne aliae merces advehantur, ut ipse merces suas vendat, cum damno reipublicae, hoc est certe illicitum et tenetur ad damni restitutionem ».

Et subdit, idem dicendum de eo, qui falsam notitiam spargit, naves e. gr. esse submersas aut similia mendacia. Ibi vero iam fraus locum habet. Videtur ergo s. Doctor eam actionem impediendi habuisse prae oculis, quae iniusta sit, vi scil. sive physica sive morali, aut fraude adhibita.

428. Quaerit tandem s. Alph. n. 817. an, inducto per mercatorum monopolium pretio iniusto, liceat aliis eodem pretio merces vendere. Duas sententias refert: alteram, quae est Salmant. Diana etc., affirmantium, quia illud quaecumque causa sit, est tunc pretium commune et currens. Altera, quam docent Tapia, Rebellus, Dicastillo, negat; quia pretium est iniustum et non licet iniustitiae cooperari. Haec secunda sententia melior videtur s. Doctori, qui negat iustam aestimationem pretii dici illam posse, quae orta sit ex iniustitia. *

LXXIII. 10. Venditor debet emptorem praemonere de notabili vitio rei, quod ei obesse potest, v. gr. si equus sit furiosus, domus ruinosa, oves morbidae, pannus adustus etc.; alioqui tenetur de fraude et damno secuto: saltem si defectus fuerit in substantia, vel quantitate, v. gr. si deficiat in pondere, vel mensura, aut vendiderit rem unam pro alia. Et sic peccat mortaliter cum obligatione restituendi 1. qui frumentum venditurus ponit prius in loco humido, ut intumescat: 2. qui vino Rhenano miscet Francicum: 3. qui carnes bubulas vendit pro vervecinis etc. V. Less. Bon. Dian. p. 1. t. 8. r. 51. Trull. d. 11. Quando autem venditor possit iuste tacere vitia qualitatis rei, quae venditur, sine obligatione restituendi pretium, vel rescindendi contractum, V. C. Lugo d. 26. s. 8. n. 128. et Trull. t. 20. d. 11. ubi notat venditionem factam ab ignorante vitium rei esse validam: rescindendam tamen vel reducendam ad aequalitatem, nisi venditor contra hoc exceperit.

429. Revocari huc debent, quae dicta sunt *de Contractibus in genere*, circa errorem, dolum seu deceptionem.

Itaque 1. error cadens in ipsam substantiam rei venditae, facit nullum contractum, sive dolus alterutrius intercedat, sive quis a se ipso decipiatur. Ratio est, quia consensus deest; cum nihil magis consensui adversetur, quam error. Ita si vendatur gemma, quam venditor et emptor vel solus venditor putat vitrum et pro vitro ematur, deest enim consensus saltem venditoris: aut si vitrum vendatur, quod uterque vel saltem emptor putat gemmam et pro gemma ematur: deest enim consensus saltem emptoris.

* 2° Si error sit circa qualitatem, non dans causam contractui, contractus omnino valet, etsi error ille sit ex dolo: sed pretium augendum vel minuendum erit, cognito errore, iuxta dignitatem qualitatis, ut aequalitas servetur, quae est lex huius contractus.

Si error circa qualitatem dedit causam contractui et dolus venditoris errorem induxit, contractus est certe rescindibilis ad arbitrium emptoris. Si autem, quod identidem contingere potest, dolus sit ex parte emptoris, erit contractus rescindibilis ad arbitrium venditoris.

Si error circa qualitatem dedit causam contractui, quin dolus intercesserit, distinguendum est. Nam si consensus emptoris fuit conditionatus sive explicite sive implicite, ut nollet emere nisi exsistente ea qualitate, puta nollet emere vinum, nisi vetus, tunc deficiente ea qualitate, contractus est nullus; quia reapse deest consensus, qui conditionatus erat et nunquam transiit in absolutum, qui ad valorem actus requiritur, sed potius evanuit. Aliis verbis: in hac hypothesi qualitas transit in substantiam.

Si autem talis conditio abfuit, contractus valet: sed pretium temperandum erit, quemadmodum superius diximus. Haec patent ex dictis *de Contractibus in genere*.

Ex dictis heic de venditione et emptione constat, oportere ut aequalitas sit inter mercem et pretium, quod vel est lege definitum vel ex communi existimatione: quidquid mala fide accipitur sine aequivalenti re tradita, sive merce sive pretio, iniuste exigitur et retinetur. Quod si bona fides locum habeat, applicandae erunt leges de possessore bonae fidei.

Ab his pendent ea, quae de obligatione manifestandi vitia mercis (adde et pecuniae) disputat heic A.

430. Ad maiorem doctrinae claritatem, quasdam proponamus quaestiones. Quoniam error circa substantiam imo et circa qualitatem, quam emptor ut conditionem contractus statuit, nullum facit esse contractum; manifestum est, debere venditorem manifestare vitia mercis, quae substantiam vitiant, vel qualitatem illam. Ita si quis petat pannum idoneum ad conficiendas vestes pro toto anno et detur ei pannus in hunc finem inutilis, contractus reapse est nullus; praeterquam quod si dolus inter-

cessit venditoris, iam vel ex hoc capite ius habet emptor rescindendi contractum Lug. n. 127. *

431. Sed quaeritur, an liceat venditori vendere *quid pro quo,* ut aiunt, h. e. loco rei quaesitae aliam substituere, quae sit aeque utilis aut fere aeque, dummodo iustum pro hac pretium exigatur.

Probabiliter non est iniustitia, generatim loquendo; quia quoad finem emptoris non adest diversitas substantialis.

* Sed quosdam oportet casus distinguere. Si res quaesita sit res naturalis, e. gr. vinum et res substituta sit prorsus artefacta, differens intrinsece a re naturali et solum apparenter vel quoad aliquos effectus ei similis, quemadmodum nunc frequenter componi solent vina, quae nihil habent vini ex vite: error per se est circa substantiam et contractus nullus. Si vero ars eo progredi potest, ut eundem, secundum intrinseca elementa, effectum edat ac ille est, quem dat natura; tunc, quando id certum sit nec specialiter emptor determinaverit, se velle rem a natura profectam, substitutio licita est; nam est reapse eadem species. Ita s. Thomas 2. 2. q. 77. a. 2. ad 1m.

Nihilominus etiam in priore casu, si communiter nota sit ars simulandi naturales merces et in societate toleretur, si merx artefacta non sit nociva, imo satis utilis ad eum finem, propter quem ab emptoribus quaeritur, si de pretio convenienter subtrahatur: permitti potest talis venditio. Satius tamen esset, venditorem rem, qualis sit, aperire; quae si utilis sit, congruo pretio a pluribus emetur.

Causa huiusmodi simulationum seu sophisticationum est quidem frequenter cupiditas venditorum; sed non raro ii ad hoc moventur ex importunis postulationibus multitudinis, quae alicuius mercis quandam sibi fictitiam necessitatem creavit, cui sola natura facere non potest satis. Tunc quidam consensus saltem implicitus videtur esse ementium, ut mercatores arte suppleant defectum naturae. Talis est moderna societas, quae in quolibet ordine materiali, morali, politico, fictionibus vivit.

432. Minus impedita est quaestio, cum res substituta, positis memoratis conditionibus, est naturalis: quam quaestionem et veteres DD. agebant. Haec substitutio familiaris pharmacopolis dicitur, cum ad manus non habent medicamentum quaesitum, cui aliud substituunt, eorum prudenti iudicio, aeque vel quasi aeque profuturum. Probabile est actionem hanc non esse iniustam, dummodo conditiones positae prorsus locum habeant; nam, etsi res physice quoad substantiam differat, moraliter tamen, idest ratione habita eius, quod emptor postulat propter finem, quem intendit, differentia non videtur substantialis. Sic si ad usum mensae tradas unum genus piscium pro alio parum diverso, vinum burdigalense pro burgundico. Sed certe pretium reducendum est ad aequalitatem, ut scilicet illud

exigatur quod res tradita valet, non ea, pro qua substituitur: quamvis illa in casu sit aeque utilis: non enim ex huiusmodi particularibus eventibus pretium rerum pendet, sed ex communi usu et existimatione. S. Alph. n. 821. Cf. Tamburini *in Decal.* l. 8. tr. 3. c. 7. §. 11. nn. 7.-10.; qui erga pharmacopolas severum potius se exhibet et certe ii, quamvis pro suo officio periti, frequenter peccare possunt periculo obiicientes salutem infirmi. Etsi enim aliud medicamentum censeatur ab ipsis alteri par; fieri certe potest, ut, ex sapientiore medici consilio, collatis dispositionibus infirmi et usu aliorum medicamentorum, medicina ab eo praescripta, non alia, sit paritura effectum salutarem. *

433. Item si merx non sit pura sed mixta, quando sit per se perfectior et post mixtionem sit aeque bona ac communis, vendi potest, vitio non manifestato, pretio communi. Ita s. Alph. n. 820. cum sententia, ut ait, fere communi, consentiente quoque Concina. Pretium enim respondet valori rei et heic valor est idem.

Idem s. Doctor, cum gravibus doctoribus, concedit de vino perfectiore, quod mixtum aqua sit aeque bonum ac commune et vendatur pretio communi: dummodo tamen non sequatur damnum v. gr. periculum cito acescendi. Sane hic non est nisi casus particularis praecedentis doctrinae.

Excipiendum, nisi emptor expresse significaverit se emere nolle nisi rem puram, nec limites pretio posuerit.

434. * Si solum in quantitate aut numero error vel fraus contigit, contractus per se valet: at excessus pretii vel mercis restituendus est.

Quaeritur vero an venditor fraudem committens in pondere aut mensura restituere teneatur, quando pretium lege statutum est manifeste iniustum, aut, non exsistente taxa legali, malitia emptorum conspirantium fit, ut nolint emere nisi pretio iniquo. Licetne tunc venditoribus se compensare minuendo numerum aut quantitatem mercis? Profecto non est, cur de honestate huius actus dubitemus, cum essentialis lex huius contractus sit aequalitas. Cf. Lug. n. 137.

Quid vero si alii mercatores exigunt minus pretium, se tamen fraude deinde compensantes in rei qualitate vel mensura: licetne honesto mercatori, qui eodem pretio cogitur vendere; ne emptores ab eo divertant, se compensare pariter imminuta quantitate aut mensura mercis? Res non est adeo clara. Habet is quidem ius recipiendi pretium iustum; ast cum iniuria ipsi non fiat ab emptoribus sed ab aliis venditoribus, non liquet cur is compensare se possit detrimento emptorum, qui ita ab omnibus venditoribus iniustitiam paterentur. Et quemadmodum s. Alphonsus negat licere eo summo pretio vendere, quod iniustitia venditorum invexit (n. 428.): negandum quoque videtur licere pro communi pretio mercem sub ea mensura dare, quam iniustitia aliorum venditorum pariter invexit.

Nihilominus attendenda est doctrina s. Antonini in casu simili, *Summa* p. 2. tr. 1. c. 17. §. 4. « Cum aliqui sophisticant ea, quae vendunt, ut se servent indemnes et cum aliquo lucro congruo; quia si venderent puras res, emptores non vellent dare iustum pretium, quia alii vendunt alia sic mixta minori pretio, videntur posse excusari; dummodo non fiant mixturae quae noceant etc. ». Porro et in nostro casu, si mercator daret integram mercem, emptores nollent ei dare iustum pretium, cum putent se eandem ab aliis minoris emere posse. Ipsa proinde voluntas emptorum in causa est, cur ille, ut se indemnem servet, minuat aliquid de merce: non esset ergo ei scrupulus in hac re ingerendus.

435. Cum venditor ius habeat ad pretium summum exigendum et emptor ad infimum dandum: peccantne contra iustitiam, si fraude aut vi alter alterum cogat aut summum pretium dare aut infimum recipere? Profecto: quia emptor non tenetur summum pretium solvere, ideoque ius habet, ne fraude aut alio iniusto medio ad id cogatur idemque vicissim dicatur de venditore, qui non tenetur infimo pretio vendere.

436. Quid, si quis contractu quodam inito, quo sub certo pretio se obligat alteri procurare et tradere quarumdam mercium copiam certae quantitatis et qualitatis, deprehendat postea contractum sibi parum utilem esse; potestne ad se compensandum ea fraude uti, ut quantitatem minuat aut qualitatem det deteriorem?

Si reapse aequalitas desit inter mercem et pretium saltem infimum, potest dissolvere contractum, nisi, ignoto ab initio exitu, uterque se libere periculo exposuerit: si autem nequit dissolvi contractus, non tenetur is amplius dare quam quod accepit.

Si vero exsistente aequalitate ideoque et illo lucro, quod mercatoribus debetur (cf. n. 389.), desit lucrum maius, quod venditor sperabat, nequit is absque iniustitia aut minuere quantitatem, aut deteriorem qualitatem dare. Res est per se evidens *.

437. Non licet ab ignorante emptore petere condonationem excessus pretii, quem solvit nec ab ignorante venditore condonationem excessus mercis, pro quo nihil solvitur; quia haec condonatio ex ignorantia procedens non est voluntaria: s. Alph. n. 819.

438. Si venditor, ignorans pretium, interrogat emptorem, qui novit, hic debet manifestare quanti res valet: secus mendacio suo deciperet eum qui suae fidei se commisit et contractus nullus esset aut rescindibilis a venditore.

Si tamen venditor pretium ignorat, non tamen interrogat et emptor emit, pretio saltem infimo, mercem, pro qua venditor gnarus maius pretium h. e. summum postulasset, contractus valet; quia pretium iustum est et nullus dolus est ex parte emptoris. Ita s. Alph. n. 819. Nec dis-

sentit Lugo n. 137. ab eo pro negante sententia citatus; nam loquitur Lugo de eo emptore, qui infra infimum pretium emit a venditore ignorante maiorem valorem rei, dicens ei, velle se rem illam tanti emere et ideo videat an velit eam dare pro tali pretio, condonans, si quid amplius valeat et venditor consentiat; qui est casus propositus n. praeced.

439. Quoad debitum manifestandi vitium circa qualitatem mercis, en clara doctrina s. Thomae 2. 2. q. 77. a. 3. « Dicendum, quod dare alicui occasionem periculi vel damni semper est illicitum: quamvis non sit necessarium, quod homo alteri semper det auxilium vel consilium pertinens ad eius qualemcumque promotionem... Venditor autem, qui rem vendendam proponit, ex hoc ipso dat emptori damni vel periculi occasionem, quod rem vitiosam ei offert, si ex eius vitio damnum vel periculum incurrere possit. Damnum quidem, si propter huiusmodi vitium res, quae vendenda proponitur, minoris sit pretii, ipse vero propter huiusmodi vitium nihil de pretio subtrahat. Periculum autem si propter huiusmodi vitium usus rei reddatur impeditus vel noxius, puta si aliquis alicui vendat equum claudicantem pro veloci vel ruinosam domum pro firma vel cibum corruptum sive venenatum pro bono. Unde si huiusmodi vitia sunt occulta et ipse non detegat, erit illicita et dolosa venditio et tenetur venditor ad damni recompensationem. Si vero vitium sit manifestum, puta si equus sit monoculus, vel cum usus rei, etsi non competat venditori, potest tamen esse conveniens aliis et ipse propter huiusmodi vitium subtrahat, quantum oportet, de pretio, non tenetur ad manifestandum vitium rei; quia forte propter huiusmodi vitium emptor vellet plus subtrahi de pretio, quam esset subtrahendum. Unde potest licite venditor indemnitati suae consulere, vitium rei reticendo ». Et ad 1^{m} discriminis rationem affert inter vitia manifesta et occulta; « Si vitia rei, quae vendenda proponitur, sint occulta, nisi per venditorem manifestentur, *non sufficienter committitur emptori iudicium.* Secus autem esset, si essent vitia manifesta ».

440. Ergo si vitium sit occultum et nocivum emptori, ut si equus sit furiosus, tenetur ex iustitia venditor manifestare. S. Alph. 823.

Si venditori constet ignorantia emptoris, etsi vitium sit patens, tenetur is vel vitium manifestare si id rem inutilem reddat emptori: vel, si adhuc emptori usui res esse possit, permissa emptione, pretium minuere et generatim damnum compensare. Ratio est, quia ignorantia consensum excludit: si autem consensus sit adhuc in substantiam, nequit pluris res vendi quam valeat.

Non erit proinde validus contractus, si qualitas transeat in substantiam, ut iam diximus s. Alph. ibid.

Si emptor interroget de vitio in particulari, an hoc vel illud vitium

res habeat, tenetur venditor manifestare: nisi res sit parvi momenti, qua cognita, emptor adhuc esset empturus. Nec tunc sufficit, occultato vitio, rem vendere minoris, si emptor, eo cognito, non fuisset empturus; nam dolus dat causam contractui. Lug. n. 133.

Si autem emptore tantum in genere interrogante, venditor haud manifestat, dummodo res utilis sit ad finem emptoris, venditio valida est: sed detrahendus est excessus pretii.

Ceterum consueta mendacia mercatorum, quibus res suas commendant, regulariter ad nullam obligant compensationem; quia his fides communiter non habetur et vulgo notae sunt huiusmodi astutiae. S. Alph. n. 805. Quod intellige, nisi ea mendacia dent causam contractui idque cum damno.

Quae dicta sunt de obligatione venditoris manifestandi vitia mercis, valent de obligatione emptoris manifestandi vitia, siqua sunt, pretii, quod offert.

Si venditor protestatur se nolle spondere de quolibet defectu vel occultissimo, sed rem vendere, uti est, periculo emptoris, ad nihil tenetur; debet tamen proportionato pretio iusto, iuxta conditionem mercis, contentus esse. Huiusmodi vendendi nos, quem Tamburini commendat praesertim in magnis nundinis, probatur etiam s. Alph. l. c.; conducit enim ad tollendas plures lites: ubi proinde haec consuetudo viget, censenda est, propter commune bonum, honesta.

441.* Quaeres, an mercator, qui ob vitium occultum mercis, eam vendit minoris, absque praeiudicio emptorum, peccet peccato iniustitiae contra alios mercatores, qui hoc pacto merces suas non vitiosas coguntur vilius vendere. Probat Lugo n. 135. responsionem Turriani: iniuste eum agere contra alios mercatores, si id ita frequenter faciat, ut propter illam deceptionem mutetur *pretium commune fori:* secus, non. Sane ibi habetur deceptio; nam mercator suam mercem vendit tanquam perfectam et parem merci aliorum: si autem pretium commune fori minuatur, damnum infertur aliis mercatoribus; hi porro ius habent ne fraude eis damnum inferatur. Quod si pretium commune subsistat vel nullum sit, cum illi possint sibi consulere; non est cur alius impediatur a commodo suo captando, iustitiae lege servata *.

LXXIV. 11. Si scias occulte debitorem tuum non esse solvendo, iniustum videtur, iis, qui id nesciunt, debitum illud vendere pretio ordinario; tum quia est dolus, tum quia vitium intrinsecum crediti non revelatur. Bon. l. c. p. 10. ex Less. c. 21. d. 10. Fill. etc.

442.* Hic est particularis casus doctrinae praeced. resol., si vitium hoc debiti, quod venditur, censeatur ipsi intrinsecum: si vero dicatur esse vitium extrinsecum, pertinebit potius hic casus ad seq. resol. Difficultas ergo est, an vitium sit intrinsecum necne; qua de re disputat

Lessius l. c., qui non adeo certum se prodit quod vitium sit intrinsecum, sed *videri* ait: quae ratio fuit, cur A. non dixerit absolute, venditionem hanc esse iniustam, sed solum *iniustam videri.* Censet tamen Lessius hoc certe esse contra caritatem: id vero, nisi sit quoque contra iustitiam, nequit esse saltem universaliter verum; nam, seposita iniustitia, casus similis esset ei, qui in seq. resol. proponitur.

Itaque dicendum vitium huius debiti esse ei reipsa intrinsecum. Nam debitum non consistit tantum in re debita, cui extrinseca videri potest ea impotentia debitoris, sed obligationem comprehendit debitoris, ex qua actio creditoris oritur et ea actio venditur, vendito debito seu potius credito: atqui impotentia solvendi est vitium intrinsecum obligationi debitoris, sicut est vitium intrinsecum obligati debitoris. Atqui vitium occultum, ex quo damnum creditori nascitur, manifestare oportet et dolus est illud reticere: ergo. *

LXXV. 12. Etsi venditor sciat pretium mercis mox minuendum, licet tamen vendere pretio currente et non dicere emptori (secluso tamen dolo, fraudibus, et mendaciis, quibus emptorem allicere ad emendum ei non licet); quia pretium currens simpliciter adhuc est iustum. Bonac. qu. 2. p. 5. nn. 12. ex Azor. et Filliuc. etc.

443. * Casus est, si e. gr. scias legem iam decretam et mox promulgandam, quae pretium minuat, si scias propediem adventuram magnam copiam mercium: si scias instare hostilem irruptionem, quae omnia possumdet, domos, agros etc.

Ratio resol. est, quia pretium iustum rei facit communis existimatio seu legalis taxa; scientia autem tua privata neutram tollit: iure ergo etiamnum mercem vendis eo pretio, quod nunc valet nullamque proinde iniuriam emptori facis.

Et sane factum futurum, quo pretium rei mox minuendum est, non mutat praesens mercis pretium; quia quod nondum est, nihil operatur: notitia autem tua rerum ordinem non mutat et idcirco perinde est ac si non esset: ergo. Itaque nullum est vitium intrinsecum merci tuae; cum nunc reapse tanti valeat, quanti vendis: quod vero pretium minuendum sit paulo post, est prorsus quid extrinsecum. Id confirmatur a Lugo exemplo Iosephi, qui praescius sterilitatis futurae emit ab ignaris triticum pretio currenti: quod enim, ait, cognitio sit naturalis aut infusa, parum referre videtur. Et confirmari potest exemplo ementis agrum, in quo novit latere thesaurum. *

« Venditor, ait s. Thomas q. cit. a. 3. ad 4^{m}, qui vendit rem secundum pretium, quod invenit, non videtur contra iustitiam facere, si quod futurum est, non exponat. Si tamen exponeret vel de pretio subtraheret, *abundantioris esset virtutis,* quamvis ad hoc non videatur teneri ex iustitiae debito ».

Quocirca vicissim et emptor potest exiguo pretio emere, licet sciat propediem pretium augendum; puta quia novit naves allaturas copiam mercium naufragio periisse, aut pacem mox, cessante bello, futuram aut legem promulgandam, quae pretium augeat etc.

444. * Dices 1°: Communis existimatio in errore fundatur: pretium autem iustum rei non in errore sed in veritate fundari debet. Et sane si quoddam vulgare crystallum existimaretur pretiosa gemma et ut talis venderetur, venditio esset nulla et cognito errore, pretium seu excessus pretii esset restituendus.

2° Merx mox peritura vel cuius pretium mox minuendum est, etiamnum nihil vel minus valet; cuius rei argumentum est, quod si emptor haec nosset, nollet profecto tanti emere et merito.

Resp. ad 1m Communis existimatio, quae pretium rei statuit, supponit communiter notam rem, cuius pretium statuit; non enim eo spectat ut dicat quid sit res, sed ut rei, quae esse supponitur, valorem determinet. Si ergo error communis circa substantiam versetur, ut in exemplo allato, communis existimatio nihil operatur; nam communis existimatio, quae rei pretium statuit, haec est: gemma tanti valet; non vero quod haec res sit gemma, quod quidem supponitur et cuius rei iudicium ad aliorum pertinet existimationem.

At remoto errore circa rem ipsam, cuius pretium communis existimatio determinat, quodcumque fundamentum sit communis existimationis, sive haec sit prudens sive imprudens, ipsa est immediata regula valoris et pretii, ut dictum est e consensu DD. Verum in praesenti casu est praeterea negandum cum Lessio n. 41., existimationem communem esse imprudentem; quia eventus futuri non possunt vulgo cognosci ideoque non est ab illis petenda vulgaris existimatio rei.

Resp. ad 2m: Quamvis interitus futurus rei ab extrinseca causa processurus vel eius pretii futura diminutio reddat emptori scienti rem nullius vel minoris valoris: verum est tamen, quod vitium hoc, quodcumque sit, non inest intrinsece merci praesenti et quod non mutat, quandiu latet, communem existimationem, quae est adaequatum valoris fundamentum. Idcirco ius habet venditor pretium currens accipiendi: quamvis emptor, si futurum nosset, stulte se gereret, illud solvendo; non quia iniustum pretium solveret, sed quia non sibi satis consuleret in futurum. Cf. Lugo n. 141.

445. Ab iis nihilominus, qui possunt hoc pacto vendere merces pretio currenti, excipiunt quidam ipsos magistratus, qui legem, qua pretium mox sit diminuendum, a se vel a principe paratam norunt ex officio. Quia hi tenentur ex iustitia consulere bono communi et lex debet esse aequalis pro omnibus atque eos quoque excipiunt, qui utuntur notitia a

magistratibus accepta; quia cum detrimento aliorum utuntur notitia, quae debet esse communis, cuiusmodi est notitia legis. Ita Molina disp. 354. n. 5. alios citans.

Verum aliis aliter videtur: cf. Lessium nn. 45-48. Lugo nn. 140-143. Sane quoad eos, qui utuntur notitia a magistratibus accepta, nulla heic videtur esse iniustitia. Nam ex una parte falsum est notitiam eam debere esse communem; non enim est lex, sed praeparatio legis, cuius notitia aliquibus solum competit ratione sui muneris: ex alia parte pretium rei immutatum adhuc viget; quodnam ergo ius emptorum laeditur, si pretium currens exigatur? Sed confer dicenda in fine huius paragraphi.

Quod spectat ad principem seu magistratus, qui legem a se conditam sunt laturi, hi ex ipsa sua conditione privilegio gaudent, ut noscant legem futuram antequam edatur. Quaeritur an peccent contra iustitiam, ita ut ad restitutionem teneantur, si antequam legem ferant, vendant merces suas pretio adhuc vigenti. Lugo l. c. distinguit inter *abusum potestatis* et *usum scientiae* tantummodo. Si abusus sit potestatis, peccatur contra iustitiam debitam subditis; non enim ius habet princeps sua potestate utendi, nisi in bonum subditorum et commune. Porro abusum potestatis hac in re Lugo tunc tantum videt, cum data opera legislator legis promulgationem differt, donec ipse vel sui amici merces suas vel pecunias distrahant. Quod si alii aliis in casibus abusum potestatis cernant, idem erit dicendum. Si vero ex rationabili causa promulgatio legis differtur; usus tantum scientiae habetur, quae principi ex speciali suo munere, consentiente republica, competit: porro hic usus non est ei illicitus, sicut generatim illicitus non est aliis: nam, nondum lege abrogante pretium currens lata, illud pretium est legitimum nec eventus futuri scientia illud mutat.

Tandem quoad illos magistratus, qui ex officio noscunt legem a legislatore ferendam et hac scientia utuntur, idem de iis dicendum, ac communiter dicitur de illis, qui notitiam futuri augmenti vel decrementi pretii aut mercium aliunde hauserunt. Usus enim huius scientiae licitus est et iustus: quod autem ii magistratus notitiam eam habeant, est quoddam emolumentum ex eorum officio legitime consequens (quemadmodum dictum est de principe), quod emolumentum, nisi lex specialis obstet, licet ipsis in suum commodum convertere, non secus ac alia, quae ex proprio officio dimanant. Cf. Lugo l. c. Si vero lege prohibeantur sua notitia uti, peccabunt ea utentes peccato inobedientiae contra legem aut iustitiam legalem, nondum autem peccato iniustitiae proprie dictae erga eos, quibuscum contrahunt; quia contractus tandem iustus est et peculiaris notitia futurae legis illis aliis non debetur. Idem dicendum, si lex exstet eos prohibens aliis privatim eam notitiam communicare.

Si tamen vi legis ius sit omnibus acquisitum (potest enim lex conferre

ius), ut nemo ante promulgationem legis eius notitia peculiari utatur, ita ut contractus valeat; peccabunt etiam contra iustitiam illi officiales hoc pacto contrahentes itemque ii qui utuntur notitia ab iis accepta. *

446. Hactenus de iustitia: quaeritur an saltem contra caritatem peccet, qui instructus speciali notitia futuri eventus cuiuslibet, quo pretium rerum vel augendum vel minuendum sit, emit aut vendit ut lucretur. Re per se spectata, negandum est; nam caritas te non obligat ut lucrum tuum omittas eo quod sit per accidens proximus tuus aliquo lucro vel commodo cariturus: esset enim hoc tibi grave incommodum, quocum caritas non obligat et generatim haec est humani lucri conditio, ut nemo lucretur, quin alteri sua res minuatur: in quam conditionem omnes mercatores et negotiatores consentiunt. Itaque, ut ait s. Alph. n. 824., ex una parte non laedit caritatem qui utitur iure suo iuste consulens rebus suis, quamvis alter per accidens damnum ex eo patiatur; ex altera parte non tenetur notitiam illam manifestare cum suo incommodo ». Atque haec est doctrina s. Thomae, qui ait n. 432.: *abundantioris esse virtutis*, si inscius futuri eventus moneatur, ut sic valeat sibi consulere, vel si pretium minuatur. Si vero id caritas exigeret, non foret actus virtutis *abundantioris*, sed *necessariae*.

Nec s. Alph. admodum probat aliquas exceptiones Roncaglia, quas recitat l. c. except. 2. et 3.

Verum si praevideatur, quod quis inscius futurae commutationis emens aut vendens in magna quantitate, sit propterea deinceps in extremam vel gravem necessitatem lapsurus, tunc profecto caritas prohibet ne peculiari tua notitia in utilitatem tuam utaris; « sicut enim caritas praecipit, ut subveniamus proximo graviter indigenti, sic vetat, ne in paupertatem ipse redigatur, ut nobis divitias comparemus ». S. Alph. ibid.

LXXVI. 13. Si cui datum est aliquid vendendum pretio v. gr. infimo vel moderato et is vendat rigoroso, probabile est, ut habet Angel. V. *Emptio,* non teneri restituere, sed posse retinere excessum; cum sua industria acquisiverit. Aliud tamen est de famulis mercatorum, quibus indeterminato pretio traditur meliori modo vendendum, quo possunt, in utilitatem domini. V. Less. d. 18. C. Lugo d. 26. §. 9.

447. Haec primo communiter certa sunt. 1° Famulus seu minister, qui et proxeneta vocatur atque generatim qui rem alterius nomine vendit, debet totum pretium iustum (nam quod excedit iustum, est restituendum emptori) dare domino. Ratio patet; quia non ipse est qui vendit, sed is, cuius nomine ab eo venditio peragitur; laborem autem eius vel merces a domino praestita compensat, vel ipse gratis exhibet, ut supponitur.

2° Si pretium rei vendendae taxaverit dominus, non exinde sequitur posse ab iis excessum obtentum, intra limites iusti, sibi retineri; nam per se ea taxatio spectat tantum ut non minoris merx vendatur.

Identidem tamen praesumere licet, intentionem domini taxantis pretium eam esse, ut si quid amplius obtineatur, id possit sibi minister acquirere: cum nimirum non assignatur ei nec promittitur aliud stipendium et ipse non spondet officium suum gratis. Lug. n. 150.

Ceterum quaenam in hac re sit intentio domini, id colligendum est ex eius verbis atque ceteris etiam adiunctis, quae verborûm significationem valeant determinare.

Salmant. et Croix admittunt, posse retineri excessum, quando ex diligentia tua fit, ut carius vendas in alio loco: at id merito negari dicit s. Alph. n. 825., sed solum retinendum pretium laboris; quia res domino fructificat. At alius negabit rem fructificare et dicet potius fructificare industriam (cf. n. 3. seq.) et si liberum erat, industriam illam adhibere vel non, cur cedet domino fructus, quem non quaerebat?

3° Si industria, quae debita non sit, ministri conducti, res melior effecta est, potest is fructum suae industriae respondentem sibi retinere. Ratio evidens est; quia quoad hoc non rem domini sed suam vendit. S. Alph. n. 825.

Idem dicendum, si minister conductus labore indebito extraordinario emptores quaesiverit, qui carius emerent: sicut enim labor ille non debetur domino, ita nec fructus eius. Ita si iussus vendere in certo loco, ubi tamen pretium a domino taxatum non reperit, transferat mercem in alium locum ibique maius pretium inveniat: poterit excessum retinere, eum scilicet qui tanquam pretium sui operis superadditi haberi possit. Lug. ibid.

4° Dicta hactenus de eo, qui nomine alterius vendit, dicenda sunt, cum debita proportione, de eo, qui nomine alterius emit et emit minoris, quam ei commissum sit.

5° Porro si dominus tacite consentiat in lucrum istud ministri sui, qui excessum retinet vel etiam si lucrum sit parvi momenti, in quod facile praesumitur dominus consentire, concedit s. Alph. n. 825. excessum retineri posse.

448. * Alius est casus quo, is cui commissum est rem vendere alterius nomine et certo pretio, possit sibi excessum retinere. Nimirum cum ille, adhibita debita diligentia, pretio maiore apùd alios non reperto, emit sibi pretio taxato a domino, deinde vero, occasione data, carius vendit. Supponimus adhibitam debitam diligentiam: ad id enim tenetur et pretium nihilominus maius non repertum; nam si reperit, debet eo pretio rem vendere et totum pretium reddere domino (2.). Si autem sibi mercem emit pretio taxato a domino, rem huius utiliter gerit et ad nihil amplius tenetur quam ut ei pretium taxatum refundat. Cum deinceps dominus mercis evadat, omnis eius fructus ei debetur.

Verum res serio agenda est, non fraudulenter, ut nimirum vera sit emptio, cuius certum indicium est, si periculum mercis deinceps sit penes ministrum emptorem idque ipse velit. Idcirco confessarius poenitentem interrogare debet, quo animo rem gesserit. Lug. n. 152. s. Alph. l. c.

449. Quaeritur, an minister, nomine alterius emens, possit sibi retinere id, quod, eius solo intuitu, venditor donat aut remittit. Qua de re non est dubitandum, si constat de vera donatione, quaecumque sit causa cur donetur: sed hic casus spectat potius ad seq. resol. *

LXXVII. 14. Quando sartoribus ementibus pannum pro iis, quibus vestes conficiunt, minoris venditur, quam aliis, eo quod sint Parochiani mercatorum, vel saepe ab iis emant, possunt partem pretii remissam sibi retinere: dummodo alias fideliter agant; quia nulli fit iniuria et, cum mercatorum plurimum intersit, ut tales ad ipsorum potius, quam ad aliorum officinas veniant, censentur in ipsorum gratiam remittere iisque donare eam partem. Filliuc. Dian. p. 1. t. 8. r. 26. Negat tamen Salas, eo quod mercatores falso dicant se remittere, ut alliciant.

450. * Qui negant id licere aut saltem dubitant, ut Molina disp. 363. n. 3. citatus quoque a Lugo n. 153., quin improbetur, non contradicunt reipsa doctrinae assertae ab A.; sed negant suppositum vel de eo dubitant. Est nimirum alia quaestio facti, alia quaestio iuris: quaestio prior est, an venditor in gratiam eius, qui officinam suam frequentat, aliquid remittat de pretio, quod iuste exigere posset et alii mercatores exigere solent. Dico: *quod alii mercatores solent exigere;* quia, si hi minoris venderent, contenti e. gr. pretio medio, sartor, qui negotium domini utiliter debet gerere, non illum adire debet, qui summo pretio vendit, sed aliquem ex aliis. Porro quaestionem hanc facti non theologus moralis, sed experientia solvit: facto autem supposito, iure sartores sibi retinere, quod mercatores in gratiam eorum ex pretio remittunt, convenit inter omnes theologos et ratio est evidens; illa est enim legitima donatio. *

Salmanticenses monent apud s. Alph. n. 826., sartores non posse sibi retinere aliquid pro tempore expenso in aditione officinae et emptione, si ultro se offerant domino ad hoc officium praestandum. Est inanis subtilitas. Ultro quidem ii se offerunt, cum ab aliquo hoc officium praestandum est, ipsi autem generatim aptiores sunt; sed non offerunt officium suum gratis idque notum est committenti, qui si nollet compensare, non sineret sartorem hoc officio fungi, sed ipse emeret.

Porro quod de sartoribus dicitur, idem de famulis dicendum est, si mercatores in gratiam eorum minuunt pretium, ut eos ad suam alliciant officinam.

LXXVIII. 15. Cum res duobus in solidum est vendita, is dominium acquirit, cui tradita est, dummodo is pretium solverit. Si neutri tradita sit, debetur ei, qui prius tempore emit et alter habet actionem in venditorem. Si quid tamen vendatur, aut

detur Ecclesiae vel aliis piis locis, acquiritur dominium ante traditionem. V. Less. l. c. et C. Lugo. d. 26. s. 9.

451. * Res uni vendita et nondum ei tradita, adhuc (iuxta ius romanum) est in dominio venditoris, qui proinde potest eam *valide* alteri vendere et tradere; traditione enim secuta, res fit secundi emptoris: nam sola traditione, ut iam alibi diximus, transferuntur dominia, nisi aliquis casus privilegiatus intercedat (*de Iust. et iure* P. 1. n. 484. seqq.).

Nec refert, quod prior venditio fuerit forte iuramento confirmata; id enim efficiet quod venditor sit periurus, non impediet quod traditione transferatur dominium. Cf. Lessium l. 2. c. 21. n. 140.

Quia vero in emptione neque per solam traditionem rei comparatur eius dominium emptori, nisi pretium ab eo solutum sit aut habeatur pro soluto (n. 356.); hinc haec altera conditio cum traditione requiritur, ut dominium rei transeat in emptorem. Cf. Molina disp. 369.

Quod de vi traditionis dicitur valet non solum in contractu emptionis, sed et aliis, ut locationis, donationis et similibus, ut si res uni vendita vel promissa, alteri donetur, huius sit. Lessius l. c.

Traditio potest esse vera vel ficta per aliquod symbolum, quod ex iuris dispositione sufficiat ad translationem dominii (*de Iust. et iure* P. 1. l. c.).

Etsi vero valida sit secunda emptio, traditione secuta, non tamen est licita (nisi pactum intercesserit *legis commissoriae* aut *addictionis in diem* (n. 417.)): laeditur enim *ius ad rem* prioris emptoris. Venditor proinde reus est iniustitiae.

452. Itaque si res duobus emptoribus successive sit vendita et neutri tradita, priori tradenda est; quia qui prior est tempore, potior est iure et secundus contractus illicitus est idque praecipitur l. *In operis* Dig. *Locati et conducti.*

Si res secundo emptori tradita sit atque is pretium solverit, hic eius utique acquirit dominium: sed prior emptor habet ius et actionem personalem adversus venditorem ad interesse et damna, ut nempe non solum restituatur sibi pretium, si datum sit, sed etiam quantum sua intererat rem sibi tradi. Ratio clara est; quia iniuria commissa, omnia eius damna compensanda sunt atque ita disponunt leges. Cf. l. *Qui tibi* C. *de Heredit. vel actione vendita,* l. *Si ancillam* C. *de Action. empti et vend.*

Si vero, licet facta traditione, pretium non fuerit solutum aut pro soluto habitum, res priori emptori tradenda est; cum adhuc sit in dominio venditoris, qui prioris emptoris ius praeferre tenetur.

Verum, etsi res posteriori emptori tradita sit et is pretium solverit, si tamen priori emptori in securitatem contractus res fuerat hypothecata, cum propterea iam ius aliquod in re ipsi fuerit acquisitum, is praefe-

rendus est eique res restituenda: arg. ducto ex l. *Si creditor* §. ultim. Dig. *de Distract. pignorum.*

Item si posterior rem accepit titulo lucrativo, e. gr. per donationem, poterit prior emptor rem ab eo evincere, quod colligunt DD. ex l. *Ignoti* C. *de Revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt;* etsi hic secundus inscius fuerit fraudis. Lessius l. c. n. 142.

453. Ceterum si prior emptor sit Ecclesia aut locus pius aut civitas, quamvis deinceps res alteri sit tradita atque ab eo pretium solutum, restituenda est priori emptori; quia iam Ecclesia aut locus pius aut civitas etiam sine traditione, dominium rei acquisivit (*de Iust. et iure* P. 1. n. 487. 4.): ut idcirco altera venditio sit invalida. Hoc tamen privilegium non habet locum, si prior non venditio, sed sola fuerit promissio venditionis *.

454. Si secundus emptor conscius fuit prioris venditionis, etsi res tradita ei sit et pretium is solverit; iure saltem naturali, damnari potest ut rem priori emptori tradat. Ita s. Alph. n. 827. cum communi; qui addit id valere, quamvis secundus emptor sit persona privilegiata. Lugo disp. 20. n. 112. de hoc casu loquens, qui rem alteri venditam, sed nondum traditam, vendit et tradit secundo emptori, ait, « quod dominium transfertur in secundum emptorem et contractus est validus (quod et leges romanae affirmant cf. l. *Si sciens* Dig. *de Contrahenda emptione* et Inst. l. h. tit. 6. §. 6. et merito; cum adhuc res sit in dominio venditoris), sed *iniustus,* non solum ex parte venditoris, sed etiam ex parte secundi emptoris, si sciebat, rem alteri esse venditam, propter iniuriam, quae fit primo emptori; qui tamen, quia solum habebat actionem personalem in venditorem et non realem in rem ipsam, non reddit invalidam secundam venditionem ».

Certe, ut ait Lessius l. c. n. 142. iniustus est secundus emptor erga priorem, si ipse inducat venditorem, ut sibi rem vendat, praeterito priore; quia causat damnum iniustum: verum, ut ait idem Lugo l. c. n. 116., non minus id causat acceptando rem gratis vel pretio oblato, quam si induceret...; quia ad damnificationem creditoris non minus conducit acceptatio illa, quam inductio.

Tenetur ergo et secundus emptor, qui iniustae actioni venditoris cooperatur, resarcire damnum prioris emptoris. Quomodo autem prior emptor contra secundum in foro externo agere possit, consulendae sunt leges singulorum locorum (a).

(a) Cum in iure gallico art. 1583. coll. etiam 1138. statuatur, post perfectum consensum utriusque partis rem venditam transire in proprietatem h. e. dominium emptoris ante traditionem et art. 1599. venditionem alterius rei esse nullam, consequi videtur ius semper esse priori emptori rem evincere a secundo. Nihilominus art. 1141.

Per se non videtur secundus emptor teneri sponte rem cedere priori emptori ante sententiam; quia contractus est validus et reparatio damni, ad quam tenetur, aliter fieri potest. Cf. Lessium l. c. et Molina disp. 369. n. 9.

Itaque alter emptor ignarus prioris venditionis nihil debet priori, non ex re accepta; quia haec venditoris erat et valide empta est: non ex iniusta acceptione; quia bona fide egit. Alter vero emptor, gnarus prioris venditionis, debet, non quidem ex re accepta, sed ex iniusta acceptione.

LXXIX. 16. Si res pereat ante traditionem et sit certa ac determinata, v. gr. haec domus, hoc dolium vini, perit emptori, nisi aliter expresse conventum sit, aut venditoris culpa pereat. Si autem res sit indeterminata (ut si quis emerit 10. modios tritici ex granario, oves ex grege) aut si emat rem determinatam quidem, sed ad mensuram (ut acervum totum tritici uno floreno in singulas mensuras), tunc ante rei traditionem aut mensurationem, periculum spectat ad venditorem. V. Less. d. 12. l. c. C. Lugo d. 26. s. 14. n. 216. Laym. l. 3. t. 4. c. 17. §. 2. Bon. q. 2. p. 8.

455. Doctrina clara est et iam in superioribus declarata. Quoad secundam partem, merito DD. excipiunt, apud s. Alph. n. 828.: nisi emptor sit in mora, ne res sit dimensa.

* Haec praerogativa venditionis, ut dominium rei, ante traditionem pretiumque solutum, maneat apud venditorem et tamen interea periculum rei eiusque commodum spectet ad emptorem, non postulatur ab ipsis rerum naturis neque omnes legislationes eam recipiunt, ut legislatio gallica, quae dominium rei statim confert emptori, atque borussica, quae in libera venditione, ante traditionem rei, damnum et periculum et communiter etiam utilitatem asserit venditori, excepta venditione, ut dicitur, in folle (in Bausch u. Bogen), in qua e contrario, post subscriptum contractum, statim iura omnia omnesque fructus una cum omnibus oneribus et periculis in emptorem transeunt. Cf. Lehmkuhl. v. 1. §. 1110. Quid cuique genti magis expediat, legislatores norunt et videri profecto aequum potest ut rei periculum et utilitas a dominio non seiungantur, quod, ut verum fateamur, nobis magis placet.

Nihilominus nulla est iniustitia, quod, perfecta per consensum venditione, periculum rei, exstantis adhuc sub dominio venditoris, ante traditionem, sit penes emptorem, ut, si casu ea perit, emptori pereat, quin hic liberetur ab onere pretii solvendi. Nam periculum rei est unum ex incommodis eius: quemadmodum vero commoda omnia rei, fructus, ac-

---

specialiter statuitur: « si res, quam quis se obligavit dare aut tradere duabus successive personis, est mobilis, ea persona, quae possidet, praefertur et dominium obtinet, etsi titulus eius tempore sit posterior: dummodo tamen possideat bona fide. Quae qui cohaereant, ait Lehmkuhl V. 1. §. 1113. 3. se non videre.

Ceterum et in iure gallico, si secundus emptor sit in mala fide, ut in nostro casu, damnari poterit ut rem restituat.

cessiones ad emptorem spectant, par est ut simul incommoda sint ipsius: sic enim ex utraque parte compensatio habetur. Venditor quidem ante traditionem adhuc est dominus, sed dominus, ut ita dicam, diminute; quia est eiusdem rei debitor: attamen debitor rei determinatae seu certae speciei, secus ac emptor, qui pecuniam debens, est debitor generis, quod, ut alibi diximus, non perit. Iam vero debitor *certae speciei* liberatur debito, si intercedat, per casum fortuitum, interitus rei debitae; fit enim tunc solutio impossibilis l. *Si ex legati* Dig. *de Verb. oblig.* aliisque.

Cum ergo res emptori pereat absque ulla culpa venditoris, nequit is privari iure pretii accipiendi, quod ius ex legitimo contractu acquisivit *.

Porro ex iure romano habes non confundenda esse haec duo, scilicet acquirere dominium et periculum rei apud se habere.

LXXX. 17. Si res vendita pereat aut deterior fiat post traditionem, perit emptori; licet pretium nondum persolverit, quia res domino perit. Laym. Bon. II. cc.

456. Haec quoque ex iam dictis manifesta est.

LXXXI. Quaeres: An et quomodo liceat emere chirographa seu credita alterius?

Respond. Si credita in posterum exigenda (sive ius, quod habet alter, ut ipsi in futurum aliquid solvatur) sint certa: ea minoris emere, solutione anticipata, est usura, secluso tamen lucro cessante et damno emergente. Bon. d. 3. q. 3. p. 10. ex Mol. Less. Tol. Fill.; quia accipitur aliquid supra sortem ex mutuo: nam mutuat implicite minorem pecuniam pro exigenda maiore. Dixi *certa;* quia si credita sint incerta, periculosa et litigiosa ac cum difficultate exigenda, licite is, qui non est causa istius difficultatis, minoris emit prout difficultas vel incertitudo solutionis minor est vel maior; quia cum tali periculo et difficultate minus valent. Bon. l. c. Trull. l. 7. c. 20. d. 8.

457. Bene s. Alph. n. 829. post alios notat, in emptione hac, de qua A. loquitur, solutionem minoris pretii non esse arguendam usurae; quia reipsa est contractus emptionis secundum suas leges initus, in quo usura non habet locum. Sane ubique terrarum chirographa crediti generatim minori sunt in pretio, quam valor ipse exigendus: quocirca communis aestimatio facit, ut pretium illud sit iustum. Cum ergo chirographa minoris emimus, sequimur leges contractus venditionis: nec est cur de usura cogitemus.

* Si vero chirographa sint, quae, propter specialem eorum securitatem, in communi existimatione tanti valeant quanti id quod exigendum esset, non debent emi minoris, ut s. Alph. docet in *Hom. Apost.* tr. 10. n. 179.: at rursus talis emptio minoris improprie diceretur usura; neque enim usurarius dicitur is, qui rem minoris emit quam valeat. *

458. Bene rursus idem s. Doctor ibid. notat creditum per se incertum difficilis exactionis licere tibi emere minoris, etsi tu facile et certe sis exacturus; quia pretium desumitur ex communi aestimatione, non ex particulari conditione ementis. Cf. Lessium c. 21. n. 76. Laymann l. 3. tr. 4. c. 17. n. 33.

Unde resolves.

LXXXII. 1. Usuram committunt 1. Ministri Regum et Principum etc., qui ut anticipatam faciant solutionem, aliquid accipiunt a creditoribus. 2. Qui aliquid accipiunt a debitoribus, concessa dilatione ad solvendum; quia accipiunt aliquid ultra sortem pro mutuo virtuali. Bon. l. c. Nav. Mol. Sal. etc.

459.* Haec reapse spectant ad doctrinam iam traditam in quaestione, an liceat vilius emere ob anticipatam solutionem, aut carius vendere ob dilatam solutionem. Conferantur ibi dicta. Et cavendum est, ne obsideamur ubique hoc tetro phantasmate mutui virtualis *.

LXXXIII. 2. Minoris emi possunt regulariter credita et stipendia sive salaria debita militibus aut famulis Nobilium; quia habent adiuncta incommoda, pericula et molestias in exigendo: quam ob causam idem licet, etiamsi credita illa tempore praesenti vel etiam praeterito fuerint solvenda. Bon. l. c. ex Regin. Mol. etc.

460.* Incommoda, pericula, molestiae, quae in praxi semper occurrunt aut merito timentur, efficiunt ut in communi exsistimatione credita minus valeant. Si vero specialia adsint pericula, incommoda, molestiae, licebit, iuxta eorum proportionem, credita emere infra pretium communis existimationis.

461. Monet Lessius l. c. n. 77., « integrum esse habentibus talia chirographa, non aestimare difficultatem vel incertitudinem solutionis debitae ac proinde nolle ea vendere nisi integre numeretur tota summa. Usu enim receptum est, ut haec vendantur quanti vendi possunt, absque fraude et ignorantia, intra limites summae contentae ». *

LXXXIV. 3. Qui ipse est causa difficilis solutionis, peccat contra iustitiam emendo minoris et tenetur ad restitutionem; tum quia ipse est causa damni, cum ipsius culpa creditum valeat minus, tum quia alioqui praemium ex delicto suo reportaret. Mol. d. 313. Fill. Bonac. l. c. Hinc Quaestores Principum, ad quos solutio pertinet, quando ipsi sunt causa difficilis et malignae solutionis, non possunt chirographa vel credita emere minoris, ut docent Auct. cit. Additque Salas et Mol. l. c. non esse liberum Quaestoribus etc., quibus incumbit solvere magnatum debita, uni potius solvere, quam alteri (nisi quis forte ius prae aliis habeat. V. supra de ordine restit.), sed teneri omnibus solvere pro rata. Bon. l. c. V. Trull. l. 1. d. 10.

462. Doctrina clara est, cf. Lessium l. c. n. 78.

Articulus II.

De Negotiatione.

LXXXV. Respond. Ea est, cum quis rem sibi comparat eo animo, ut integram et non mutatam carius vendendo, vel permutando lucretur. Quod quia obnoxium est periculo multorum peccatorum et valde distractivum ac indecens statui Clericali, sic lucris inhiare; severe prohibitum est Clericis constitutis in sacris et Religiosis omnibus.

ita ut mortaliter peccent, si multam negotiationi dent operam, ut ait Less. quem v. l. c. d. 1. Laym. l. 3. t. 4. c. 17. §. 7. Bon. *de Contr.* d. 3. q. 1. p. 5. C. Lugo d. 26. s. 3. n. 19.

463. Ratio negotiationis simpliciter dictae, apud DD. canonistas aut morales, postulat, ut vendatur *carius* res *non immutata* atque ut empta fuerit *animo ita vendendi.* S. Thomas 2. 2. q. 77. a. 4. ad 2ª: « Non quicumque carius vendit aliquid, quam emerit, negotiatur: sed solum *qui ad hoc emit, ut carius vendat* ». * Nempe utrumque requiritur, ut carius vendat et emerit ut carius venderet. Quocirca ex ista actione sponte et necessario lucrum quoddam consequitur. Si autem emit quidem aliquis mercem ut carius vendat, non tamen deinde vendit; erit negotiator in intentione et affectu, non tamen re.

Non est autem opus, ut proprius contractus venditionis intercedat; nam et permutatione negotiatio exerceri potest: si e. g. permutatione tritici vinum acquiras, ut hoc carius vendas vel iterum cum alia merce permutes. Cf. Lugo disp. 28. n. 20. Satis tamen est loqui de venditione. *

Audiatur Molina disp. 339. n. 2. « Triplex emptionis et venditionis genus distingui consuevit. Quaedam enim est, qua ab unoquoque ea emuntur, quae ad suam familiaeque sustentationem necessaria sunt, superflua vero venduntur. Et haec quasi naturalis est et de se est bona et licita. Ordinatur quippe non ad lucrum, sed ad congruam sustentationem atque ad oeconomos et póliticos spectat, non ad negotiatores presse sumptos. Alia est, qua emitur aliquid, ut per industriam commutatum vendatur. Haec autem non est mera negotiatio; eo quod res sic empta, per industriam ac artem melior reddatur (scilicet non venditur tantum res empta sed simul propria industria propriumque opus. Huiusmodi homines potius *opifices*, quam negotiatores seu mercatores vocantur)... Ad hoc genus pertinet non solum si quis lanam emat, ut inde pannum, quem vendat, conficiat vel ferrum, ut gladios, quos ex illo efficiat, vendat: sed etiam si aves aut equos emat, ut postquam eos educaverit et ad aliquid assuefecerit, illos vendat. Ad huius generis negotiationem ea quoque spectat, qua res, non empta, sed ex tuis bonis aut fundis, in meliorem formam mutata venditur. Alia denique emptio et venditio est qua emitur aliquid, ut immutatum carius ad lucrum comparandum vendatur; atque haec est propriissima negotiatio ».

* Ad negotiationem ergo presse acceptam haec requiruntur: ut res *ematur* et *vendatur*, vendatur *immutata,* vendatur *carius* et *empta sit ut* carius immutata vendatur. Proinde lucrum captandum est eius finis naturalis, qui semper consequitur et a negotiatore intenditur; sed et si per accidens directe hoc bonum non intendatur, cum illud ex tali actione sponte resultet, actio erit semper negotiatio.

464. Itaque qui sua, citra emptionem habita, vendit, non negotiatur;

quia nequit de eo verificari quod vendat carius quam emerit nec quod emerit ut venderet: qui empta in suum usum, immutata vendit, quia non amplius iis eget et vendit carius quia pretium crevit, non negotiatur; quia non emit *ut carius* venderet (s. Thomas l. c.): itemque postquam aliquid emerit in suum usum, idem data occasione deinceps lucri captandi ob pretium auctum, carius vendit, nondum negotiatur, propter eandem rationem: neque negotiatur proprie, qui sua vendit, cum carius valent, empturus deinceps similia minori pretio; nam hic non emit aliquid, ut idem carius vendat: idcirco non negotiatur; negotiari enim est emere vilius, ut vendatur carius, non vendere carius, ut ematur vilius: neque negotiatur ille, qui ita rem eandem emit et vendit, ut ex sua venditione nullum lucrum ipsi sequatur et ita porro.

465. Haec tertia negotiatio, sicut et secunda, est actio per se moraliter indifferens et potest certe esse actio honesta, imo est actio utilis societati et frequenter necessaria. Quod possit esse honesta, patet; quia lucrum, quod eius est finis, dummodo non intendatur ut finis ultimus, sed subordinatus aliis bonis melioribus, potest honeste intendi, puta ad sustentationem familiae, conservationem sui status, ad eleemosynas et pia opera facienda etc. Medium quoque quod adhibetur, carius nempe vendere quod emptum est, honestum esse potest propter multiplices causas; nam licet e. gr. emere pretio infimo et vendere supremo: tum ratione loci quo res vehuntur, temporis, ad quod reservantur, concursus ementium etc., pretium rei iustum in communi existimatione crescere potest. Quod autem licite fit, licet et intendere.

Sed praeterea talis negotiatio utilis est reipublicae: utile est enim, quod semper praesto sint ii, qui paratas habeant pro singulis merces necessarias, ne singuli cogantur sibi per se ipsos eas quaerere: imo cum plurimi, aliis distenti curis, non possint merces quae in medio non prostant et quibus tament egent, sibi ipsis comparare, necesse est ut alii adsint, qui eas pro omnibus in promptu habeant. Hi vero sunt negotiatores, qui propterea merito carius vendunt quod una collegerunt aut aliunde advexerunt, vel ex hoc ipso quod eorum labor et eorum expensae in utilitatem reipublicae, dignae sunt recompensatione. Cf. Molina disp. cit.

Doctrina ergo Chrysostomi in Matth. XXI. vel potius pseudochrysostomi, ut adnotarunt Correctores Gratiani; est enim desumpta ex *Opere imperfecto:* quod non est Chrysostomi; quam doctrinam refert s. Thomas art. cit., nempe: quicumque rem comparat, ut integram et immutatam vendendo lucretur, ille est mercator, qui de templo Dei eiicitur », cui similis est alia sententia Cassiodori ab eodem Thoma ibidem relata: doctrina haec, inquam, vel intelligenda est cum s. Thoma ibid ad 1^{m} de negotiatione, secundum quam ultimus finis in lucro constituitur, vel, sim-

plicius forte, accipienda est de negotiatione clericis prohibita; hoc enim pacto mercatores e templo Dei h. e. ministerio ecclesiastico eiiciuntur atque hoc sensu accipitur textus in Decreto; ponitur enim sub titulo, quod *clerico negotiari non licet.*

466. Auctor agit heic de negotiatione Clericis et Religiosis vetita: hanc vero tractationem proprie sibi vindicat locus, ubi de Statu Clericorum et Religiosorum agitur; eo igitur hanc disputationem patiatur lector a nobis reiici. Subdimus tamen resolutiones A., nequid pereat *.

Unde resolves.

LXXXVI. 1. Si Clericus semel iterumque tantum negotietur, in materia non gravi, v. gr. libros, cruces, etc. emat, ut occulte iterum vendat carius, non est mortale. Less. Mald. Fill. Dian. C. Lugo. l. c.

LXXXVII. 2. Non est negotiatio Ecclesiasticis vel Religiosis prohibita, si emant pecora, quae pascuis suis saginata vendant; quia vendunt fructus suorum praediorum, vel agrorum. Mol. Less. C. Lugo s. 3. n. 29. uti nec si greges alant, ut foetus, lac, lanam vendant. C. Lugo l. c. Ubi tamen negant licere iis conducere agros, ut fructus vendant; eo quod (licet non sit negotiatio proprie dicta) specialiter illis sit prohibitum in Conc. Carthag. V. l. c.

LXXXVIII. 3. Non peccat Clericus 1. si emat agrum cum fructibus iam maturis, illosque vendat; quia vendit fructus agri sui. Card. de Lugo l. c. ex Molin. Filliuc. etc. 2. si id, quod ad proprios usus emerat, postea, vel quia non indiget, vel mutato consilio, carius vendat. ibid.

An vero et quomodo Clericis liceat negotiari per alios non famulos, praesertim in necessitate, V. C. de Lugo d. 26. s. 4. n. 36. Trull. l. c. d. 19. Barb. *de Iur. un.* l. 1. c. 40. art. 1.

467. Haec suo loco explicabuntur.

468. Nota. Cum plures alii contractus, qui sequuntur, speciem referant contractus emptionis venditionis, cuius quidam particularis modus videntur; principia tradita circa emptionem et venditionem, cum debita proportione, iis erunt accomodanda.

Idem dicendum de *permutatione,* nisi quod hic est, saltem iuxta ius romanum, contractus realis, qui a traditione rei initium ducit: ut idcirco non omnes leges emptionis venditionis sequatur. Dixi: *saltem iuxta ius romanum* (cf. n. 366.); nam ecce ius italicum, quod ita definit *permutationem:* « est contractus, quo quaelibet pars se obligat rem dare ut alteram habeat. Unde concludit: « permutatio efficitur mediante solo consensu, quemadmodum venditio ». art. 1549. et 1550. Negat tamen in hoc contractu habere locum rescissionem propter laesionem art. 1554., quae rescissio in contractu venditionis conceditur, ut iam notavimus. (in not. ad n. 382.). Et ratio huius negati beneficii esse potest; quia ipsum soli venditori conceditur art. 1536. et in hoc contractu nemo est, qui prae alio possit dici venditor. Eadem statuit C. G. art. 1702. 1703. 1706.

Alii etiam contractus innominati qui a datione rei vel positione actionis, circa quam versantur, incipiunt, ut ipsae eorum formulae significant: *do ut des, facio ut facias, do ut facias, facio ut des*: sunt contractus reales.

Dub. IX.

Quid sit contractus census et an licitus.

LXXXIX. Resp. Is est, cum certa summa pecuniae, v. gr. 100. florenis, emo a te ius percipiendi quotannis ex bonis tuis aut certa aliqua re tua utili sive fructifera certam aliquam pensionem seu censum, v. gr. florenos 5. annuos vel 6., prout consuetudine vel lege taxatum erit. Ita ut hic non sit mutuum et usura, si alias pravam intentionem non habeas, sed vera emptio et venditio, qua emitur non praecise ipsa pensio, sed ius eam percipiendi: quod longe minus valet ideoque minoris emitur; licet post multos annos pretium longe superet. Mol. Less. Lay. l. 3. t. 4. c. 18. et ceteri communiter. Rectius tamen C. Lug. d. 27. s. 2. n. 20. probat, ad excusandum censum ab usura, dicendum esse, non emi pensiones neque ius ad illas neque fructus, sed potius partem ususfructus talis praedii, super quo census constituitur; ita ut dominium totum directum praedii maneat apud venditorem, dominium vero utile, seu ius ususfructus ex parte vendatur.

Unde resolvuntur frequentes Casus, qui etiam ex natura emptionis, et venditionis solvi possunt.

XC. 1. Hic contractus est iniustus, si non servetur pretium iustum a lege, vel consuetudine probatum, quomodo pro Germania constituit Carolus V. ut ius ad 5. tantum pro 100. ematur.

XCI. 2. Non solum licitus est census realis, id est constitutus super re aliqua, ut supra dictum, ex cuius utilitate pensio extrahatur, ita ut ad quemcumque res transeat, cum illa obligatione, et onere transeat: sed etiam (saltem ex natura rei et seclusa prohibitione legis positivae) personalis et constitutus immediate super persona, quae sua opera et industria utilis sit et fructum aliquem pariat, vel bona in spe vel re habeat, unde pensio duci possit: alioqui enim ius, quod venderet, non esset pretio aestimabile et sic contractus fictitius. Ita probabiliter Cov. Less. Sal. dub. 3. n. 2. etc. contra Nav. Mol. C. Lug. d. 37. s. 225. n. 25., ubi censum mere personalem illicitum esse docet esse probabilius et prolixe probat.

XCII. 3. Iniqui sunt venditores seu censuarii, qui emptoribus sive censualistis obligant rem non potentem reddere fructus, saltem tot, quot pensio exigit, aut reddentem quidem, sed iam aliis censibus venditos. Bon. d. 3. q. 4. p. 1. n. 9. et 13.

XCIII. 4. Sicut in emptione res perit damno emptoris, sic etiam in censu reali, si res, super quam impositus est census, pereat vel fructus eius absque culpa venditoris: tunc enim perit census, ita ut emptor, sive censualista non possit amplius recipere fructus sive censum; quia qui emit, suo periculo emit. Bon. l. c. Fill. t. 35. p. 2. n. 225. Unde ad hoc incommodum cavendum inventus est sequens modus.

XCIV. 5. Licitum est, ut probat Trull. l. 5. c. 46. et Less. c. 22. d. 11. contractui census adiungere aliud pactum assecurationis, ut si res, super quam fundatus est census, pereat, id fiat damno venditoris, ideoque nihilo minus obligatus sit vel super aliis bonis suis eum statuere, vel restituta sorte eodem pretio redimere. Debet tamen hoc pactum venditori compensari, augendo pretium census, vel quod eodem recidit, minorem pensionem designando. Bon. l. c. n. 30.

XCV. 6. Ex natura rei licitus est non tantum census irredimibilis, sed etiam redimibilis cum ex una parte, tum utriusque, ut patet ex terminorum explicatione: quia irredimibilis census dicitur, cum venditor non potest illum pro suo arbitrio redimere: redimibilis autem, cum potest, reddendo emptori eandem summam, quam accepit atque ita rursus sibi emendo, quod ante vendiderat. Utrinque redimibilis dicitur, cum ita conventum est, ut tam emptor, quam venditor possit emptionem factam resolvere et summam, quam dedit, repetere. Less. d. 10. Dian. p. 2. t. 5. m. r. 76. Vide dicta de pacto retrovend. in empt. sup.

XCVI. 7. Nihilominus, quia contractus census redimibilis ex parte emptoris, est res periculosa, suaderi non facile debet; nam in Constit. Martini V. et Callisti III. PP. uti et Caroli V. Imper. usurarius contractus iudicatur. Verum id intelligi debet secundum praesumptionem fori externi: praeterquam quod illae Constitutiones multis locis eatenus non sunt receptae, quatenus prohibent ea, quae iuri naturali non adversantur, ut notat Laym. l. 3. t. 4. c. 18.

XCVII. 8. Census vitalitius, quia est virtualis sponsio et nititur eventu fortuito, licitus est. Fill. Dian. p. 7. t. 9. r. 70.

469. * Res agitur, de qua ius romanum silet, ait Lugo disp. 27. ab initio; serius enim hic contractus usurpari coepit: prostant tamen canonicae leges, quibus eius aequitas regitur. Contractus hic est certa quaedam emptio venditio, ut conferenti patebit.

Nostra quidem aetate, quae pecuniis cum utilitate collocandis plures alias vias patefecit, hic contractus non adeo frequentatur, haud tamen excessit ab usu: cf. in C. C. Ital. libri 3. titulum 13. et 14. et C. C. G. art. 1909. seqq. Oportet ergo et de censu, contractius profecto quam veteres solerent, loqui atque Romanae Sedis decreta proferre, ut in his et similibus contractibus quis sit Ecclesiae sensus intelligatur.

470. Omissis pluribus significationibus huius vocis *census*, quae apud lexicographos videri possunt, heic census est iuxta theologos: *ius percipiendae annuae pensionis ex re vel persona alterius*. Non est nimirum simpliciter pensio, sed *ius habendae pensionis*; census enim est quid iuris, non solius facti. Cum sit contractus, duo saltem erunt, inter quos fit: qui pensionem debet, vocabatur *censuarius*, qui ius ad eam habet, *censualista*. Possumus tamen simplicius cum Lugo uti nominibus *debitoris* et *creditoris*, vel *venditoris*, qui debet censum, *emptoris* cui debetur. Quaeritur 1° quomodo hoc ius acquiratur: 2° qua in re acquiratur: 3° quotuplici modo constitui possit: 4° an licitus sit: 5° quibus legibus positivis regatur hic contractus.

471. Quaestioni primae fit satis distincto duplici censu, qui olim dicebatur *reservativus* vel *consignativus*. Exemplo res declaratur. Quis dominium plenum suae rei puta praedii, transfert in alium titulo gratuito, donando, legando, vel oneroso, vendendo, permutando, *reservato sibi vel aliis* iure ad certam pro singulis annis partem fructuum vel aequivalenter ad certam annuam pensionem pecunia solvendam ab eo, qui dominium

rei accipit: hic est census reservativus. Potest iste census et testamento constitui in favorem alterius.

Aliter quis certo pretio soluto emit ius percipiendae certae partis fructuum seu pensionis annuae ex re, quae erat et est alterius: hic est census *consignativus*, ita forte appellatus, quod pretium, ut vulgari lingua dici solet, consignetur (a).

Acquiritur ergo ius pensionis vel cessione facta alicuius boni, quod erat in nostro dominio, vel certo pretio soluto.

472. Ad secundam quaestionem respondet alia distinctio, quae potissimum valet in censu consignativo: census nimirum dividitur in *realem, personalem, mixtum*. *Realis* est, ait Lugo disp. 27. n. 4., qui super re aliqua constituitur, cui adhaeret et qua pereunte, ipse perit. Id et in censu reservativo locum habet. *Personalis* est census, quo sola persona obligatur ad pensionem solvendam. Sed an licitus sit talis census, certant theologi. *Mixtus est*, quando immediate et directe sola persona obligatur, ad securitatem tamen obligantur res aliquae debitoris, quibus nihilominus pereuntibus, persona obligata manet: dici hic census quoque solet: *census personalis cum hypotheca*. Ex his patet discrimen inter hunc tertium censum et primum, in quo, re pereunte, perit prorsus census seu ius creditoris ad pensionem: salvo utique semper iure creditoris ad compensationem, si res perierit culpa aut fraude debitoris. Exinde est quoque aliud discrimen; nam in prima hypothesi res obligata, etsi ad alios proprietarios deveniat, manet obligata non secus ac prius, ut creditor censum exigere possit a novis dominis quemadmodum a priore: in altera vero hypothesi novi domini rem hypothecatam obtinentes non tenentur censum solvere, nisi si prior debitor, qui primum conveniendus est aut eius heres sit impar solvendo. Atque haec ex vetere iure.

473. Quaestionem tertiam solvit alia distinctio: census nempe *redimibilis* et *irredimibilis*. Hic, qui et *perpetuus* vocatur, est, cum uterque, debitor et creditor facultate caret redimendi censum, ille quidem se liberandi a solutione census, restituto pretio, hic repetendi pretium, abdicato censu. Dubitatur autem an liceat census irredimibilis ex parte venditoris.

Redimibilis duplex distingui potest: nempe vel ex parte venditoris seu debitoris, vel ex parte emptoris seu creditoris; quamvis quoad hanc al-

---

(a) Distinctionem hanc admittit C. C. Ital. art. 1778. « Potest stipulari reditus sive annua praestatio tum pecuniae tum venalium rerum aut mediante cessione rei immobilis aut solutione alicuius capitalis ». Cum reditus pretium est alienationis aut conditio cessionis immobilium, sive sub titulo oneroso sive gratuito, reditus vocatur *rendita fondiaria* art. 1780. « Huiusmodi autem cessio immobilium transfert in cessionarium plenum dominium, non obstante quavis contraria clausula ». art. 1781. Reditus constitutus ope capitalis vocatur *reditus simplex* seu *census* art. 1782.

teram formam census dubitatum fuerit inter theoll. an liceat. Item census potest esse redimibilis ab alterutro intra certum tempus tantum vel non ante certum tempus, vel indefinite, cum nimirum debitori vel creditori placuerit.

Pariter constitui potest census *temporalis*, sive ad certum tempus definitum, ultra quod debitor nihil amplius debeat, sive ad tempus incertum e. g. quandiu vivit creditor, qui census *vocatur vitalitius:* differt hic duplex census temporalis a redimibili: quia, exacto tempore statuto, debitor non restituit pretium. Et de hoc quoque dubitatum est, an liceat. Tandem census dividebatur in *frugiferum* seu *fructuarium* et *pecuniarium*, prout pensio sita erat in fructibus vel aequivalente pecunia; hic tamen frequentior erat.

474. Certum est censum perpetuum computari inter bona immobilia. Ita habet Clementina *Exivi, de Verbor. signif.: Cum annui reditus inter immobilia censeantur a iure,* quod certe valet in censibus perpetuis: de censu temporali dubitatum est; quamvis verba Clementis universalia sint. Si tamen sit census ad longum tempus, verior est sententia, ait Lugo n. 8., quod inter immobilia computetur, argumento a simili ducto. Quemadmodum enim locatio rei immobilis ad longum tempus aequivalet alienationi, ut idcirco iis sit interdicta, qui prohibentur alienare; ita emptio iuris annui reditus ad longum tempus aequivalere dicenda est possessioni rei immobilis; porro haec ratio non valet cum census est ad breve tempus. Longum autem tempus in iure, ut alias vidimus, est decennium (a).

475. His praestitutis, succedit quaestio principalis: an hic contractus sit licitus. Quaestio institui potest vel spectato solo iure naturae, vel iure quoque positivo: tum quaestio haberi potest primum de eo, quod minus forte habet difficultatis, deinde de eo, quod videatur difficile magis. De *censu reservativo* quaestio non fit; quia, cum quilibet sit dominus rei suae, potest eam alteri cedere, reservatis sibi vel alteri iis iuribus, quae velit: dummodo iis non totus rei valor exhauriatur. Quod et servandum est, si cessio fiat rei cum titulo oneroso; oportet enim, ut is, cui res ceditur quique proinde eius fit dominus, lucrum ex ea percipere valeat. Ceterum si qua de hoc censu occurrat quaestio, ea ex his, quae de sequenti dicemus, expedienda erit.

476. Itaque quaestio est de censu consignativo. Adverte hunc contractum utilem esse tum venditori census tum emptori et identidem venditorem esse qui emptorem quaerit, identidem emptorem, qui quaerit venditorem. Nam qui pecuniam vult utiliter collocare, censum emere

---

(a) C. C. Ital. art. 418, reditus *vitalitios* aut *perpetuos*, qui a Statu debeantur vel a privatis, recenset inter bona mobilia. Ita et C. C, G. art. 529. E.

desiderat et qui praedia habens sed pecunia carens qua eget, eam postulat, censum in suis praediis constitutum offert emptoribus, ut pecuniam obtineat.

477. Quaerere in primis licet quodnam sit, supposita modo huius census honestate, pretium eius iustum. Nimirum si e. g. summam mille aureorum alteri das, quem censum pro ea exigere potes? vel, quod perinde est: si censum 50. postulas, quod pretium solvere debes? Cum hic sit specialis casus emptionis venditionis, responsio eadem est ac illa, quae superius data est: pretium vel *naturale* esse seu *vulgare*, quod ex communi aestimatione pensatur, vel *legale*, quod lege statuitur. Olim sive communi aestimatione sive lege illud generatim pretium statutum fuerat, ut pro 5. penderentur 100. (licet Nicolaus V. const. *Sollicitudo* pro utraque Sicilia concesserit denos pro singulis centenariis, Clemens autem VIII. pro ecclesiastica ditione concesserit septem pro centum Const. *Quae ad sublevationem* anno 1592.) quod deinde et ad mutuum translatum est, cum declaratum est licere ex mutuata pecunia fructum percipere. Quocirca haec regula, quemadmodum superius explicata est, pro censu quoque servanda erit.

478. Iuvat cum Tamburini *de Contract.* tr. 2. c. 4. nn. 1. 2. praemittere duo. 1° Ad iustitiam census in conscientia, praecisione facta a legibus positivis, satis est adesse duas conditiones, ex Lessio l. 2. c. 22. n. 74. Nempe ut sit aequalitas, secundum aestimationem inter pretium et censum: tum si quando gravamina hinc inde, praeter naturam contractus, per pacta accessoria, apponantur, ea ex prudentis consilio compensentur. 2° Universaliter loquendo, omnia pacta, quae licent in ceteris emptionibus venditionibus, licere etiam in emptione et venditione census: quia talia pacta per se non adversantur naturae huius contractus, qui est quaedam emptio venditio.

Praeterea iam monuerunt Theologi discrimen esse inter *censum* et *mutuum*. Sane census est emptio venditio, emitur enim ius percipiendi fructus: in mutuo nihil emitur: in mutuo debitor tenetur similem in specie ac bonitate reddere sortem, quam accepit: in censu debitor nihil tenetur restituere (nisi forte addatur pactum redimendi ad arbitrium emptoris), sed pensionem solvere: in mutuo principalis obligatio est ad reddendam sortem, accessoria ad usuras, si liceant: in censu principalis obligatio est ad pensionem solvendam: nulla ad sortem, nisi debitor velit censum redimere. Cf. Reiffenstuel *Moralis* tr. 8. dist. 4. q. 6. nn. 69-71.

479. Quaeritur ergo an, ratione habita iuris naturalis, 1° licitus sit census *realis, redimibilis ex sola parte venditoris sive debitoris.* Responsio clara est: ipsum licere; nam iustitia seu aequalitas in tali contractu servatur. Quandiu contractus durat: debitor pro summa accepta pretium,

quod iustum supponimus, solvit; cum venditor redimit censum sive obligationem suam solvendi censum, restituit pretium quod accepit et sic rursus fit aequalitas. Scilicet perinde res se habet ac in mutuo, cuius fructus debitor desinit solvere, cum sortem restituit. Ita definitum est a Martino V. anno 1420. et Callisto III. anno 1455. Constitutionibus, quae extant inter Extravagantes communes tit. de *Emptione et venditione*.

2° An licitus sit census *realis irredimibilis* seu *perpetuus*. Ratio quibusdam veteribus dubitandi fuit, quia pensiones sine fine solvendae excedent tandem vim summae qua eas emisti; iam vero malitia usurae in eo est, quod vendatur pecunia praesens pro maiori pecunia futura: cum ergo id locum habeat in tali censu; contractus vitio laborabit palliatae saltem usurae et sic erit illicitus. Quae ratio ab iisdem urgetur etiam contra censum redimibilem, quoties contingat pensiones simul sumptas superare summam, quam debitor census accepit. Cf. Lugo nn. 11-13. Sane, aiebant, in censu reali emitur reapse pars fructuum praedii, cui census inhaeret et loco eius substituitur aequivalens pecunia seu pensio: porro si summa harum partium fructuum seu pensionum, cum tandem capitale exhibitum excedet, ab initio statim soluta fuisset, evidens foret iniustitia: cur ergo pariter iniustitia non erit, si ea summa paulatim per vices solvitur? Discrimen est tantum in tempore; quod quemadmodum iustam non facit usuram in mutuo, nequit pariter huic contractui notam abstergere usurae saltem palliatae.

Respondebant plures non emi fructus praedii aut pensiones annuas, sed ius ad pensiones, quod ius minus valet; quia res adhuc in spe minus aestimatur, quam in se ipsa. Nec refert, quod pensiones superent; quia hae sunt instar fructuum illius iuris, quod primo et principaliter emitur et cuius pretium vel lege publica vel communi aestimatione statuitur. Lessius lib. 2, c. 22. n. 39. Quae responsio non satisfacit; nam 1° emere ius ad pensionem perinde reipsa est ac emere pensionem futuram: cf. Lugo n. 19.

Quocirca 2° hoc ius perseverans fructus tandem afferet excedentes pretium, quo emptum est ius: iam vero in hoc sita est difficultas, quod plus obtineatur, quam quod datum est.

Quapropter Lugo n. 20., reiecta hac responsione, ait: « facilius et clarius excusatur ab usura emptio census, dicendo, emptorem neque emere fructus neque pensiones vel ius ad pensiones, sed partem ususfructus talis praedii, super quo census constituitur, ita ut dominium totum directum praedii maneat apud venditorem, dominium tamen utile, seu ius ususfructus ex parte vendatur: porro hoc ius partiale seu dominium utile partiale, non valet quantum valeret totum praedium, sed multo minus, ut constat et ideo si totum praedium posset 1000. aureis emi emptione

irredimibili, poterit eodem pacto dominium utile partiale seu ius ususfructus partialis emi 500., quo pretio acquirit emptor partem dominii utilis; postea vero alio contractu, qui implicite etiam continetur in ipsa constitutione census realis, convenit inter contrahentes, ut pro spe fructuum, quos emptor sperare posset ex illo dominio utili, obliget se venditor ad solvendam talem pensionem annuam pecuniariam, « manente eodem praedio realiter obligato per modum hypothecae ». Haec est explicatio, quam A. magis probat. Puto tamen, quod si Lessius interrogari potuisset, respondisset se idem reapse voluisse dicere, nec discrimen apparet nisi in modo rem concipiendi et exprimendi.

Veruntamen est ne hac in re solida difficultas? Quemadmodum ius illud pensionis, emptum certa summa, fructum fert, qui deinde aequabit et superabit eandem, nonne et illa summa apud venditorem census par est emolumentum simile gignere? Etsi enim dicas pecuniam esse per se sterilem, at ea ipse potest agros, domum, instrumenta artis etc. emere ac negotiari, ut non minus lucretur ac alter. Sane eadem difficultas, si difficultas est, in venditione occurrit. Emis 20000. aureis domum, quam locans, recuperas non multo post summam expensam et amplius. Emisti ergo pretio 20000. aureorum id, quod multo magis tibi praestat: ubi est aequalitas? Cf. Tamburini *de Contract.* tr. 2. c. 2. §. 3. n. 3. Dices te pretium domus solvisse secundum communem existimationem ideoque quod vere valebat: profecto; sed idcirco communis existimatio hoc pretio contenta erat, quia, etsi non distincte, confuse saltem apprehendebat tantum emolumenti plus minus, etsi forte in alio genere, capere *posse* venditorem ex pretio illo accepto, licet identidem per accidens non sit capturus, quantum tu ex usu domus. Et haec, puto, fundamentalis est ratio aequalitatis inter pretium et mercem; nam res quae venditur et pretium quod accipitur, spectantur secundum utilitatem, quam gignunt.

Igitur non est cur dubitemus asserere, iure naturae talem contractum licitum esse.

Monent DD. in censu irredimibili maius debere esse pretium, quam in redimibili et praxis erat ut illud esset isto fere duplo maius. Cf. Lugo disp. 27. n. 158.

Dices: Pius V. in Constitut. paulo post citanda, declarans in hac materia ius naturae, exigit ut census exstingui possit a venditore, pretio restituto, non obstante quovis pacto de irredimibilitate nec obstante praescriptione vel 100. annorum. Ergo census irredimibilis ex parte venditoris est illicitus.

Resp. 1° Pium V. non praecipere ut census exstinguatur statim ac summa pensionum aequaverit summam pretii, qua emptus fuit census, ideoque non favere rationi, cui innititur tua antithesis.

Resp. 2° falso te supponere quod haec praescriptio Pontificis sit mera

declaratio iuris naturae in hac materia; haec enim, sicut et alia certe in ea Const., potuit positivo iure statuere Pontifex, ad praecavenda securius mala, quae vitio hominum vel ex conditione illius aetatis timeri poterant.

Quaeritur 3° an licitus sit census *realis redimibilis ex parte emptoris* sive *utrinque redimibilis*. Heic forte maior est difficultas. Nam videtur contractus usurarius. Cedis in dominium alterius 1000. aureos, ut singulis annis 50. accipias: post aliquot annos puta decem, quibus pensionem accepisti, repetis 1000. aureos et sic 1500. aureos obtines; non enim pensiones acceptae computantur in sortem. Quid hoc aliud est, quam mutuari cum usura? Et ita Soto citatus a Lessio l. c. n. 55. negat licere. Lessius tamen cum non paucis aliis, affirmat sententiam affirmantem esse probabilem et speculative veriorem n. 56. Lessium sequitur Laymann lib. 3. tr. 4. c. 18. n. 5. et Tamburini l. c. c. 2. n. 1. Hanc sententiam, ait s. Alph. n. 843., spectata rei natura, satis probabilem sibi videri. Ratio Laymann haec est: nam ubicumque servatur natura emptionis venditionis neque contractus transit in mutuum, ibi usura non intervenit; sed in hoc casu 1° servatur natura emptionis venditionis. Cum enim aliis emptionibus apponi possit pactum redimendi ad arbitrium utriusque, poterit et huic apponi, quin desinat esse emptio; quod enim cum natura emptionis cohaeret, ipsam non destruit. 2° Non transit contractus in mutuum; quia quod mutuo datur, omni casu, repeti potest; in censu autem reali pretium seu sors repeti nequit, si res, super qua census fundatus est, pereat.

Ceterum nunc nulla est difficultas. Contractus hic perinde sit ac praestatio pecuniae ad interesse; haec autem licita est. Multo ergo magis licebit talis contractus census; cum emptor periculo se obiiciat amittendi pretii, si casu fundus pereat. Nec iniuria fit venditori, qui, pretio restituto, liberatur ab obligatione solvendi pensiones seu fructus. Oportebit sane, ut facultas emptoris repetendi pretium census, post certum tempus exeratur; ut et alter pecunia accepta commode uti possit.

Nota. Concesso censu redimibili ab emptore, non longa fuit percurrenda via, ut deveniretur ad concessionem praestationis pecuniae ad interesse.

Quaeritur 4° an licitus sit *census realis temporalis* aut *vitalitius*. Census temporalis ad certum tempus is est, ut diximus, qui pro certo tempore, puta decennio initur, vel qui redimi nequit ante certum tempus. Iam vero haec pacta, quae et praestationi pecuniae ad interesse adiungi solent, nequeunt efficere contractum illum iniustum. Census realis vitalitius usitatior est species census temporalis ad incertum tempus (a). Hic induit

(a) Ius italicum sancit censum vitalitium in favorem etiam tertiae personae constituendum vel titulo oneroso vel gratuito donationis aut testamenti, sive ope pecuniae aut alterius rei mobilis traditae sive immobilis. art, 1789-1794. E.

quoque characterem contractus aleatorii. Quocirca si proportio servetur inter utriusque periculum ac pretium inter et censum, quae iuxta diversas aetates ementium aliasque circumstantias variare solet: licitus est contractus pensionesque solvi debent quantumvis emptor vivat. Licere hunc contractum colligitur manifeste ex c. *Monasteriorum, de Rebus Ecclesiae non alienandis* in Clement.

Quaeritur 5° an liceat adiicere pactum, ut non soluta pensione, res, cui census inhaeret, cadat in commissum h. e. fiat emptoris. Id certe licet in censu reservativo. Quoad consignativum, dummodo debitae conditiones serventur, spectato solo iure naturae, nulla apparet in hoc pacto iniustitia. Conditiones sunt 1ª ut culpa sua venditor omiserit solvere pensiones: 2ª ut poena proportionetur culpae, h. e. pro exigua pensione haud soluta non exigatur cessio praedii magni valoris, sed iudicio prudentum proportio decernatur, habita ratione tum pretii, quod emptor forte amittit, tum poenae, quae praeter id, quod ex puro contractu debetur, solvenda est: 3ª ut pro onere talis pacti, quod subit venditor, augeatur pretium vel minuatur pensio; ita tamen ut aliquam reapse poenam venditor pendat propter culpam. Cf. Tamburini l. c. c. 4. §. 4. n. 2. et Lessium l. c. n. 68.

Quaeritur. 6. an liceat apponere pactum in censu reali, sive reservativo sive consignativo, ut debitor semper teneatur pensionem solvere etiamsi res subiecta censui casu pereat. Videtur id adversari naturae contractus, cuius est, ut re pereunte, ius census desinat. Nihilominus, spectato solo iure naturae, ait Lessius n. 66., hoc pactum non est iniquum, dummodo iusto pretio compensetur, quod proinde excedere debebit pretium commune iuxta aestimationem periculi ex iudicio prudentum. Sic enim tandem res redit ad contractum aleatorium: vel, ut ait Lessius, pactum, quod additur, est pactum assecurationis, quod, sicut aliis contractibus adiici potest, ita et contractui census. Ait tamen s. Alph. n. 847. se non valere acquiescere huic sententiae Lessii; quia cum pensiones in perpetuum solvendae sint, nulla aequalitas esse potest inter pretium, quodcumque sit, quo emitur census et ipsum censum sine fine solvendum. Quae ratio forte est efficacior. Si tamen census sit temporalis, admitti tale pactum poterit.

Quaeritur 7. an licitus sit *census personalis*. Duplex distinguitur: vel redimibilis tantum ex parte venditoris, vel redimibilis utrinque. Utrumque licere negat Lugo disp. 27. nn. 22-32. cum aliis (cf. Benedictum XIV. *de Synodo* l. 10. c. 5. n. 4.): affirmant cum multis aliis antiquioribus Lessius l. c. n. 18. Tamburini l. c. c. 2. n. 1. Laymann l. c. n. 7. Et quod spectat ad priorem, ita probat Laymann. Census personalis est ius, emptione comparatum, percipiendi reditus annuos ex lucris alicuius per-

sonae: atqui nemo negat super persona industri constitui posse obligationem solvendi partem aliquam annuorum lucrorum; nam ita decimae personales constituebantur... item tributa, quae magistratui penduntur 2. Esdr. X. 32. Saepe etiam testator gravat heredem suum ad pensionem annuam alteri solvendam l. *Si legatum* §. ult. Dig. *de Annuis legatis*. Nihil autem obstat, quominus talis obligatio emi possit, perinde ac alia iura, debita, servitutes. Neque heic est mutuum virtuale. Qui enim mutuo dat, is sortem datam repetere potest: emptor autem census redimibilis a solo venditore, nequit pretium repetere. Neque alia aequalitas sive iniustitia ostendi potest propria huius census: ergo. Hanc sententiam s. Alph. n. 839. vocat communiorem et probabiliorem, eamque defendit auctoritate Nicolai V. Constit. *de Censibus*.

Quod spectat ad alterum censum personalem, h. e. redimibilem quoque ab emptore, dubitat sane de eius iustitia Benedictus XIV. *de Synodo* l. c. n. 5., nihil tamen decernens: censet autem idem Laymann n. 8. hunc censum probabiliter defendi (spectato utique iure naturae), non secus ac census realis utrinque redimibilis. Et sane posito quod etiam in censu personali, aliquid sit, cui census innitatur, opera nempe seu lucrum venditoris; non apparet cur quod in reali licet, in personali non liceat. Id non esse improbabile, si debita proportio servetur, ait s. Alph. n. 843.

Ratio adversariorum demonstrare conantium heic vere mutuum latere, etsi vera foret, nunc vim amisit; quia illud tandem cum pacto de interesse licet et reapse nunc tales census non amplius sunt in usu, sed pecunia ad interesse praestatur (a).

Nota rursus, quod concesso censu personali redimibili ab emptore, facilis via patebat ad concedendam praestationem pecuniae ad interesse, mutata ratione contractus.

480. Quaeritur tandem, an liceat censum emere minori pretio, vel vendere maiori, quam prius constitutus sit. Cum contractus census sit tandem quaedam emptio et venditio, quod in hoc licet et in illo licitum esse debet, nisi peculiaris ratio census impediat.

Porro, spectata naturae lege, nihil impedit, quominus id licite fieri valeat. Sane fieri potest, ut pretium census minuatur propter superve-

---

(a) In iure italico census proprie dictus (v. not. ad n. 471.) non permittitur, nisi mediante hypotheca speciali in fundo determinato: art. 1782. Permittitur scilicet non quilibet census sed census mixtus vel realis.

Item ex iure italico C. C. art. 1778. cedens immobile alteri vel capitale, pro constitutione reditus annui, se obligat ad illud non amplius repetendum: dummodo alter obligationi suae faciat satis, art. 1785. E contrario est essentialiter redimibilis reditus ad arbitrium debitoris, non obstante quolibet contrario pacto, art. 1783. In iure quoque Gallico C. C. 1911. reditus perpetuus est essentialiter redimibilis (a debitore).

nientem e. gr. incertitudinem hypothecae vel propter emptorum paucitatem atque e contrario pretium eius augeri potest propter oppositas rationes. Tunc profecto sicut variatur pretium aliorum rerum venalium, variabitur et census.

Quocirca non solum tertius quis, in priore hypothesi, poterit minoris emere censum, sed ipse venditor, si consentiente creditore redimat, dummodo ipse causa non fuerit negligentia aut culpa sua, cur pretium census sit diminutum, poterit minus solvere pro redemptione census, nisi aliter ab initio statutum fuerit. Item creditori, si censum redimere is potest, licebit pretium maius a venditore accipere; nam par est ratio. *

481. Ad census revocari potest reditus annuus fundatus in bonis Gubernii et reditus a nummulariis exigendus (actiones bancariae). Licita horum emptio est; sunt enim veluti merces, quae pretii habent incrementum et decrementum.

482. * Nunc de lege ecclesiastica. Omissa Constit. Nicolai V. quae anno 1452. pro duobus regnis Siciliae tantum data fuit, satis sit referre quae decrevit Pius V. Const. *Cum onus* data 14. kal. febr. 1568. Quaeritur vero in primis, an haec Bulla ubique obliget. En quae hac in re habet s. Alph. n. 849. Bulla Pii V. non est recepta in duobus regnis Siciliae (factum enunciatur, non ius aliquod subditorum acceptandi aut respuendi pontificias constitutiones cf. tr. *de Legibus* n. 93.) ut testantur Lessius, Salas apud Viva etc.: nec est recepta in Hispania, ut dicunt Salmantic. nec in Belgio, ut Sporer, Lessius, nec in Germania, ut idem Lessius, Habert ac Tanner, Illsung, Pirhing et Platel apud Croix, neque in Galliis ut Lessius et Platel apud Croix, nec etiam Romae observatur, ait Contin. Tournely ». Sane quod spectat ad hoc postremum, refert Valentia 2. 2. disp. 5. q. 25. p. 2. multis doctissimis Theologis Romae probabilem visam sententiam, quae licitum dicit censum utrinque redimibilem: quem tamen Bulla Pii V. non permittit. E contrario testatur n. 61. Lugo sua aetate *Romanam Rotam* non admittere exceptionem de non recepta vel abrogata hac Bulla et Benedictus XIV. l. c. non videtur suspicari, quod Romae Bulla Pii V. non amplius vigeat.

Profecto facta permissione accipiendi lucrum ex mutuo plures dispositiones eius Bullae antiquari oportuit, vel quia posterioribus concessionibus est ipsi derogatum, vel quia res, qua de agit, excessit ab usu.

483. Nihilominus, quia saltem monumentum est ecclesiasticae prudentiae, sequamur morem aliorum Theologorum, qui censuerunt referendas esse conditiones, sub quibus Pius V. censum permittit.

Conditio 1ª est: *censum seu annuum reditum creari constitutive nullo modo posse nisi in re immobili aut quae pro immobili habeatur, de sua natura fructifera et quae nominatim certis finibus designata sit.*

Excludit ergo Pontifex census personales: non vero census, qui super alio censu fundentur; nam census, ut vidimus n. 474., inter res immobiles computatur. « Res stabilis, ait s. Alph., n. 846., reputatur domus, ager et etiam officium perpetuum et census perpetuus irredimibilis, imo etiam redimibilis, ut contra Molina et Azor probabiliter tenent Pal. Bonac. etc. ». Porro census in re immobili et fructifera constitutus, censetur et ipse fructiferus Molina disp. 389. n. 12. Conditionem hanc primam non esse proprie ex naturali iure sed praescriptam positivo iure a Pontifice ad removenda securius pericula usurarii contractus, censent plures Theologi, ut patet ex praecedentibus.

2ª *Rursus nisi vere in pecunia numerata, praesentibus testibus ac notario et in actu celebrationis instrumenti, non autem prius, recepto integro iustoque pretio.*

Haec ad sollemnitatem contractus pertinent, qua deficiente, in foro externo nullus censetur contractus: utrum vero nullus censendus quoque sit in foro conscientiae disputarunt Theologi, aliis negantibus; quia lex fundatur in praesumptione fraudis, cum ea proinde cessat, contractus valebit: quam sententiam probabiliorem dicit s. Alph. n. 846. 2. ubi instaurat alibi a se dictum: videri probabile, quod cessante fine legis in particulari, lex cesset. Cum vero exigat Pontifex pecuniam numeratam, qua ematur census, quaeritur an liceat in foro conscientiae constituere censum ex pecunia antecedenter debita: puta si venditor cupiat debitum, quod mihi debet, computari in partem sortis vel totam sortem, pro qua censum solvat. Responsio est eadem ac mox allata.

3ª *Solutiones, quas vulgo anticipatas appellant, fieri aut in pactum deduci prohibemus.*

Prohibet scilicet ne debitor cogatur pensiones solvere ante quam debeantur, h. e. ante exitum anni vel mensis. *Cogatur* inquam; quia si sponte velit is anticipate solvere, censent Theologi non prohiberi; cum haec conditio in eius favorem statuta sit

4ª *Conventiones directe aut indirecte obligantes ad casus fortuitos eum, qui alias ex natura contractus non tenetur, nullo modo valere volumus.*

Scilicet si res, cui adhaeret census, fortuito perit, creditor ad nihil amplius ius habet. An pactum addi possit de solvenda pensione, etiam re casu pereunte, dedimus ex iure naturae responsum Lessii et s. Alph. n. 467. 6.: iure positivo Pii V. irritatur hoc pactum.

Quaerit s. Alph. n. 847. 2. an si res per certos annos non det fructus, debeatur integra pensio, attenta hac Bulla. Negare ait Lessium propter verba citata: sed probabilius affirmari a Lugo, modo compensetur pretio periculum, quod venditor subit. Quia licet contractui census addere alium contractum assecurationis, vi cuius debebitur pensio anno etiam sterili.

5ª *Quemadmodum nec pactum auferens aut restringens facultatem alienandi rem censui suppositam; quia volumus, rem ipsam semper et libere ac sine solutione laudemii seu quinquagesimae aut alterius quantitatis vel rei tam inter vivos, quam in ultima voluntate alienari.*

Ratio est; quia res est in dominio debitoris census, qui potest idcirco pro lubito eam alienare et cum ea transit obligatio census, qua de re proinde emptor eius erit monendus.

6ª *Ubi autem vendenda sit, volumus dominum census aliis omnibus praeferri eique denuntiari conditiones, quibus vendenda sit et per mensem exspectari.*

Prima quoque pars huius conditionis ex iure positivo est et tota conditio proprie est contractus emphyteutici: merito tamen heic quoque praescripta.

7ª *Pacta continentia, morosum census debitorem teneri ad interesse lucri cessantis vel ad cambium seu certas expensas aut certa salaria aut ad salaria seu expensas medio iuramento creditoris liquidandas aut rem censui subiectam sive aliquam eius partem amittere aut aliud ius ex eodem contractu sive aliunde acquisitum perdere aut in aliquam poenam cadere, ex toto irrita sint et nulla.*

Lex est positiva: sed iure naturali appositio poenae proportionatae non est illicita, ait s. Alph. l. c. n. 6. Neque Bulla prohibet hanc poenam seu compensationem lucri cessantis exigi seu damni emergentis: sed vetat tantum eam deduci in pactum.

8ª *Imo et censum augeri et novum creari super eadem vel alia re in favorem eiusdem aut personae per eum suppositae, pro censibus temporis praeteriti vel futuri, omnino prohibemus.*

Ex pensionibus cessis nequit augeri census iam constitutus: quod intellige, ait Lessius n. 87., antequam reipsa solutae fuerint: secus cum fuerint solutae; nam ex pecuniae numeratae additione augeri potest. Ex iure autem naturali, si licet ex debito constituere censum (sup. 2.), licebit quoque ex pensionibus non solutis. S. Alph. l. c. 7.

9ª *Sicut etiam annullamus pacta continentia solutiones onerum ad eum spectare, ad quem alias de iure et ex natura contractus non spectarent.*

Nisi pretio aequali haec onera compensantur, lex est iuris naturae.

10ª *Postremo census omnes in futurum creandos, non solum re in totum vel pro parte perempta aut infructuosa in totum vel pro parte effecta, volumus ad ratam perire, sed etiam posse pro eodem pretio exstingui, non obstante longissimi temporis ac immemorabili imo centum et plurium annorum praescriptione, non obstantibus aliquibus pactis directe aut indirecte talem facultatem auferentibus, quibuscumque verbis aut clausulis concepta sint.*

Loquitur de censibus in futurum creandis: non admittit nisi censum realem et censum redimibilem a debitore. Quia vero de censibus iam aliter forte creatis nihil dicit, non decernens eos esse iniustos et nullos, satis significat Pontifex se heic dispositionem quandam iuris positivi condere.

11ª *Cum vero traditione pretii reditus exstinguendus erit, volumus per bimestre ante id denuntiari ei, cui pretium dandum erit et post denuntiationem, intra annum tamen, etiam ab invito pretium repeti posse et ubi pretium nec volens intra bimestre solvat nec ab invito intra annum exigatur, volumus nihilominus quandocumque reditum exstingui posse, praevia tamen semper denuntiatione, de qua supra et non obstantibus iis, de quibus supra idque observari mandamus, etiam quod pluries ac pluries denuntiatum fuisset nec unquam effectus secutus fuisset.*

12ª *Pacta etiam continentia pretium census extra casum praedictum ab invito aut ob poenam aut ob aliam causam repeti posse omnino prohibemus.*

Vult scilicet omnes census esse irredimibiles ex parte emptoris: quod cum valeat quoque de pacto redimendi etiam cum venditor sit in culpa, certe ex hac parte saltem est iuris positivi (a).

13ª *Contractusque sub alia forma posthac celebrandos foeneratitios iudicamus.*

Saltem quoad praesumptionem fori externi. Lessius n. 97.

14ª *Declarantes pretium semel censui constitutum nunquam posse ob temporum aut contrahentium qualitatem seu aliud accidens, nec quoad ultimo contrahentes, minui vel augeri.*

Sensum horum verborum difficilem esse ait Lugo n. 128.. quem cf. *

Dub. X.

De Cambio.

XCVIII. Resp. Cambium, quod permutationem significat, hic accipitur pro sola permutatione pecuniae. Et est contractus, quo Campsor aliquis Campsario volenti cambit pecunias, cum lucro aliquo praeter sortem. Quod si sine intentione usuraria fiat, ob titulos iustos tali lucro aestimabiles, patet non esse malum. Unde cum quatuor sint cambiorum genera, nimirum 1. Cambium minutum, seu manuale, 2. Cambium per litteras, 3. Cambium reale, 4. Cambium siccum, seu fictum.

484. * *Cambium,* quod per se quamlibet permutationem significare potest, apud Moralistas et alios specialem contractum significat et est

---

(a) In C. C. ital. casus exstant, quibus debitor cogi a creditore potest redimere censum pretio restituto cf. art. 1785.

permutatio pecuniae pro pecunia. Contractus est ergo, qui, secundum ius commune, a traditione incipit. Dubitatum est quidem, an dominium pecuniae traditae acquiratur ab acceptante, antequam is, quod debet reddiderit: sed quia certum est traditione transferri dominia (a qua lege satis aequa sola excipitur venditio, ait Lugo disp. 28. n. 3.) et quia l. *Cum precibus* C. *de Rerum permutat.* ponit, in permutatione statim transferri dominium, antequam ex alia parte contractus compleatur, non est locus dubitationi in iure communi. Quod et praxis confirmat; nam qui pecuniam accepit in cambio, ea statim ut sua uti solet, etsi nondum quod ex sua parte debet, ipse solverit.

In hoc contractu uterque contrahens pecuniam dat: differunt tamen contrahentium nomina. Qui pecuniam *in gratiam alterius* cambit, dicitur *Campsor:* alter, *quo petente* seu *in cuius gratiam* cambium fit, dicitur *Campsarius.*

Addit A. definitioni: *cum lucro aliquo praeter sortem.* Id quidem per se non est necessarium, ut cambii essentia constet: sed fieri id solet et haec est ratio cur cambium a theologo morali spectetur. Quaestio enim omnis huc redit: an liceat lucrum in tali permutatione acquirere; si sane de sola permutatione ageretur, qua tantumdem datur, quantum acceptum est, nulli quaestioni locus foret. Quocirca A. indicare volens sub qua ratione cambium ipse spectaret, ea verba subiecit.

485. Divisione ab A. tradita aptior est alia, quae communiter proponitur. Nempe cambium vel *fictum* est seu *siccum* vel est *reale.* Reale duplex, *manuale* scilicet et *locale:* quod rursus dupliciter fieri potest, quatenus vel campsor pecunias heic dat, alibi a campsario restituendas, vel campsor pecunias heic accipit, alibi a se restituendas. Agitur proinde hoc cambium per *litteras cambii.* In utroque cambio locali determinari potest tempus plus minus longum restitutionis faciendae, exhibitis litteris. Cetera in resoll. patebunt *.

Circa ea resolvuntur.

XCIX. 1. Licitum est Cambium minutum, in quo dantur pecuniae minores pro maioribus, vel contra: quia hic sunt iusti tituli aliquid lucrandi, nimirum labor Campsoris in numeranda pecunia, item diligentia in pecunia omnis generis conquirenda, ut Campsariis quibusvis sit paratus, item puritas materiae et commoditas, ut cum aurum, vel alia moneta commoda datur pro minuta et incommoda. Laym. l. 3. t. 4. c. 19. n. 4.

486.* Frequenter cambium hoc reale usurpatur, cum ab uno regno ad aliud fit transitus et opus est pecuniam habere usitatam ibi, quo pergitur: quapropter in cambio manuali non dantur tantum pecuniae maiores pro minoribus aut vicissim, sed etiam, praecisione ab hac qualitate facta, pecuniae unius loci pro pecuniis alterius. Imo et aliarum qualitatum ratio

haberi potest, ut commutentur nummi antiquiores cum recentioribus, pretiosiores cum minus pretiosis sive propter puritatem metalli sive alias ob causas. *Manuale* cambium dicitur: quia ad manus fit, utroque vicissim alteri tradente pecuniam. *Minutum* vocatur, puto, ex eo, quod non raro accidit, ut ab alterutra parte minores monetae dentur. Hoc cambium exercentes vocamus *cambiamonete* vel *cambiavalute.*

487. Occasione quaestionis, quae heic instituitur, solent DD. disputationem praemittere vel inserere de pecuniae valore. Cf. Lug. disp. c. n. 5. seqq. Lessium lib. 2. c. 23. n. 11. seqq.

Advertunt 1° in qualibet moneta duplicem esse valorem: « primus est, ait Lugo l. c., *valor legalis,* qui lege principis cum eius sigillo imponitur: alter est *valor naturalis,* proveniens ex bonitate metalli vel materiae, ex utilitate maiori ad commercia humana, ex commoditate maiori ad usus, ex maiori facilitate, qua apud exteros acceptatur (in his tamen praeter primum, supponitur valor legalis) et ex aliis capitibus, propter quae solet, supra legalem valorem, plus dari pro tali moneta ». Priori modo moneta spectatur *formaliter,* altero *materialiter.*

Advertunt 2° oportere, ut princeps, valorem legalem monetae constituens, habeat rationem valoris naturalis, praesertim ex bonitate metalli; moneta enim non est simplex signum, sed est aliquid reapse aequivalens merci, ut iam Aristoteles docuit, et si secus fieret, damnum gravissimum gigneretur subditis, qui nequirent ea moneta cum exteris uti. Colligitur id ex responso quoque Innocentii III., quod est in c. *Quanto, de Iureiurando.* Licet tamen principi rationem habere expensarum, quae fiunt in cudenda moneta idque apud omnes nationes receptum est. Addit Lugo n. 5. licere principi ex iusta causa et necessitate pecuniae communis legalem valorem augere, consentiente populo, imo tanta esse posset necessitas, ut absque consensu populi id fieri possit. Magnopere tamen, subdit, cavere debent principes, ne id in publicum reipublicae damnum redundet, prout plerumque redundare solet. Cuius quid simile nos experimur, cum chartam pro argento aut auro accipimus: quamvis charta repraesentet valorem argenti aut auri, quod ea exhibita exigi tandem poterit: ex se enim nihil est nec habere vim monetae potest; non enim aequivalet mercibus, pro quibus datur.

Advertunt 3° taxam valoris nummorum a principe constitui (nisi aliud disserte significet) in ordine solum ad hos effectus, ut nempe creditores teneantur acceptare debitorum solutionem in ea moneta sub tali valore nec possint illum valorem reiicere et debitores vicissim non possint cogere creditores ad acceptandam eam monetam pro maiore valore. Lug. l. c. n. 11. sive, ut ait Lessius l. c. n. 4., princeps non intendit nummos taxare secundum omnem rationem et ad omnem usum, quem habere

possunt, sed solum ut sunt mensura rerum venalium et solutionis debitorum.

Advertunt 4° monetam materialiter spectatam aequiparari merci eiusque naturalem valorem non esse in indivisibili situm, sed gradus habere infimum, medium, summum eundemque valorem, iuxta diversas circumstantias, quemadmodum et in aliis mercibus contingit, variari posse.

Advertunt 5° in cambio manuali, monetam, quae petitur et quae a campsore traditur, spectari potissimum materialiter sive ratione bonitatis metalli sive maioris commoditatis: ideoque eius valoris naturalis rationem praecipuam haberi, qui, non secus ac alterius mercis, variare potest.

Advertunt tandem 6° utile esse reipublicae ut sint, qui paratas habeant monetas commutandas pro singulorum civium necessitate et postulatione.

488. His positis quaeritur, an in cambio manuali liceat percipere lucrum (aggio, sconto), quando datur moneta pro alia eiusdem valoris legalis. Plures titulos lucri percipiendi DD. producunt. Primus est, quem modo indicavimus, valor nempe naturalis sive quia metallum perfectius, purius est, sive quia ipsa commodior est utenti et facilius in commercio expenditur. Id profecto est pretio aestimabile et dignum aliqua compensatione praeter pretium valoris legalis.

Alter titulus est lucrum cessans aut damnum emergens, si e. g. campsor pecuniam, quam tradit, alio erat allaturus, ubi plus valet.

Tertius est sollicitudo et labor a campsore impensus in aliorum gratiam, ut monetam habeat paratum, qua rogantibus satisfaciat.

Quartus est labor ipse situs in numeranda pecunia et referenda in libros, quem laborem, licet non ingentem, perperam negas esse titulum lucri; nam reapse est aliquis labor, seu actio digna praemio, pro qua si alterius operam conducis, oportet ut ei solvas mercedem.

Quintus esse potest raritas vel antiquitas talis monetae vel quod ea sit speciali ratione cara habenti.

Monent DD. campsorem esse posse vel ex officio et mandato principis vel ex instituto libere assumpto et habituali vel etiam privatum quemlibet ex occasione atque pro isto quoque, si non omnes, plures tamen titulos praesto esse, ut conferenti patet.

Quantitas vero lucri, quod licite percipiatur, non est pensanda ex arbitrio campsoris: sed servanda, quae lege statuta est vel hac deficiente, ea, quam, spectatis iudicio prudentum omnibus circumstantiis, fert communis aestimatio et usus.

489. Subnectuntur aliae quaestiones praecedenti affines.

Quaeritur an liceat monetam minus puram vel minoris ponderis permutare cum alia puriori aut maioris ponderis, nulla compensatione facta pro excessu, cum legalis valor utriusque est idem. Quod quidem absque

iniustitia contingere potest, puta vel quia in alterutra moneta plus est metalli quam oporteat, vel quia valor naturalis metalli diversis in locis eiusdem ditionis diversus est aut labente tempore mutatus est nec expedit aut discrimen statuere intra monetas eiusdem nominis aut antiquiorum monetarum valorem mutare easve abolere. Cf. n. 487. 2.

Profecto si moneta melior datur tanquam merces, non licet talis permutatio; non enim servatur aequalitas. Si vero ea formaliter ut moneta spectatur seu sub hac ratione expenditur, id licet; quia idem est valor et ei, qui eam accipit, ius est habendi tantum rationem valoris legalis. Quod Lugo probat etiam ex praxi, inquiens: « Nam in Hispania nummus argenteus valens octo regales seu iulios, quem Itali *piastra* vocant, non semper aequalis est puritatis et ponderis; minus enim argenti habet qui Segoviae cuditur, quam mexicanus et tamen passim unus pro alio commutatur. Quod idem in Italia fit, ubi non omnes monetae eiusdem valoris legalis habent eandem puritatem argenti, sed inaequalem et tamen absque ullo discrimine aliae pro aliis commutantur ». Exempla nostra quoque aetate obvia sunt: quid quod papyrus pro argento commutatur?

490. Quaeritur, an famulus, qui monetam auream ab hero accepit, ut eiusdem creditori solvat, possit eam permutare cum argentea, quam creditori reddat, retento sibi lucro. Resp. Si herus determinate voluerit monetam auream dari creditori, cui occasionem lucri comparare aut quomodocumque gratificari cupiebat, non licet famulo ea permutatio et tenetur creditori damnum compensare, si quod passus est. Si vero perinde erat hero utra moneta satisfieret suo creditori, potest famulus lucrum permutationis sibi retinere veluti fructum industriae suae. Supponitur tamen quod famulus nomine suo permutationem faciat, ut idcirco velit et damna, siqua secutura sint, ad se pertinere. Cf. dicta de venditione n. 448.

491. Casum proponit Lugo n. 27. de quo consultus fuerat a procuratore cuiusdam publici campsoris: cuius procuratoris imitatores exsistere etiamnum vix licet dubitare. Ille procurator « ex commissione campsoris solvere debebat saepius litteras bancarias et earum virtute scuta aurea 100. v. gr. vel 200., quae cum, iuxta usum mercatorum, solveret pecunia argentea, solvebat pro singulis scutis aureis iulios 14., qui tunc erat valor iustus sed infimus scuti aurei; postea vero campsori computabat, in reddenda ratione, singula pro iuliis 14. cum dimidio, qui erat etiam valor communis scuti et quo pretio campsor solebat accipere et solvere eadem scuta (haec circumstantia est notanda): retinebat proinde sibi procurator dimidium illud iulii in singulis scutis ». Quaesitum est, an ad restitutionem teneretur. Respondit Lugo, retinere sibi posse procuratorem illud

lucrum, si, in solvendo, fecerit nomine suo contractum aliquem, ex quo lucrum illud germinaret sibi et praesumi posset consensus domini in illum contractum. Contractus esset permutatio scuti aurei cum 14. iuliis tantum, quem permutationis contractum procurator faceret cum creditore domini sui, efficiens ut ille scuta sibi debita sub hoc minore valore acceptaret: faceret autem tunc contractum suo nomine, si pecuniam domini sui procurator prius suam fecerit, assumpto onere debiti illius solvendi. Consensus domini ut eius procurator ita agat et utatur iure ipsius domini solvendi tantum 14. iulios pro singulis scutis, praesumi rationabiliter potest; quia nullum exstat damnum creditoris aut debitoris, sed lucrum tantum industriae procuratoris, cui dominus favere velle merito censetur. Verum an nunc talis consensus domini praesumi rationabiliter possit, valde dubito et non bene audiret procurator, cuius talis industria detegeretur*.

C. 2. Licitum est item Cambium per litteras, cum scilicet Campsor hìc, v. gr. Monasterii prior accipit pecunias, quas postea litteris datis alibi, v. gr. Francofurti, refundit per suos factores; quia hìc etiam sunt iusti tituli, scilicet virtualis traiectio pecuniae et eius assecuratio. Tantundem enim facit, ac si Campsario pecuniam eius Francofurtum transferat sine periculo. Minus tamen Campsor exigere debet, quam si realiter transtulisset. Laym. l. c. Bon. d. 2. q. 5. p. 1. Navar. Less. etc.

Cl. 3. Item licitum est Cambium reale, cum Campsor hìc Monasterii prior dat pecunias, ut per suos alibi eas recipiat a Campsario, qui alibi habet pecunias, sed eget nunc eis hìc. Titulus huius Cambii est item translationis et assecurationis; tantundem enim facit Campsor, ac si pecunias Campsarii absentes sisteret hìc praesentes, vel, ut alii aiunt, ac si praesenti pecunia emeret absentem, quae utique minus valet. Laym. l. c. n. 6. et 7. Bon. l. c.

492.* Veniamus ad alterum cambium reale, quod *locale* appellatur: dupliciter fieri diximus et de utroque modo loquitur heic A.

Tenendum in primis est, officium istud esse in quavis republica utilissimum et fere necessarium, negotiatoribus et mercatoribus praesertim nec opus est id quod omnes sentiunt, pluribus demonstrare.

493. Itaque prior modus est, cum quis habens quidem pecuniam heic, puta Florentiae, non habet Parisiis, ubi ea eget; accedit ergo heic ad campsorem eique pecuniam numerat e. gr. mille aureos, ut totidem ipsi reddat vel habere faciat Parisiis.

Campsor, accepta pecunia, litteras dat campsario, quibus pecuniam suam exigere possit Parisiis ab aliquo correspondente eiusdem campsoris. Simul autem lucrum quoddam sibi vindicat pro huiusmodi officio. Quaeritur an iuste hoc lucrum campsori acquiratur.

Vix apparet ratio cur id in quaestionem ducatur; adeo est manifesta eius iustitia. Sane primus est titulus *translatio virtualis* pecuniae, quod beneficium est quodque sua industria suisque tandem expensis campsor tibi praestat. Alter est titulus *assecuratio* pecuniae; nam campsor non

solum locat operam suam in transferenda pecunia, sed etiam promittit securitatem, quae est pretio aestimabilis.

Tertius titulus esse potest, aiebant haud pauci Theologi (cf. Lessium l. c. n. 34. Molina disp. 410. n. 1. Lug. l. c. n. 37.), si in loco, quo pecunia a campsore reddenda est, plus valeat: sic enim campsor detrimentum subiret, si totidem aureos, quot accepit, reddere deberet, nisi compensatio addatur, ut fiat aequalitas. Hypothesis erat, quod moneta eadem esset eiusdemque intrinseci valoris heic et alibi, nihilominus propter eius minorem copiam in loco, ubi esset a campsore reddenda, pluris extrinsece valeret, quatenus pluribus mercibus comparandis esset idonea, quam in loco, ubi a campsore accipitur. Cf. Molina l. c. Si autem moneta reddenda non eadem esset, vel esset maioris valoris intrinseci, nullum dubium, quin in accepta aliquid amplius requirere campsor posset. Illa vero prior hypothesis locum habet, etiamsi in contractu habeatur tantum ratio valoris e. gr. mille florenorum, non materialis pecuniae. De hoc titulo plura disputat Lugo, qui conferri potest. Advertimus unum: vi huius tituli obtinetur compensatio, non lucrum, quod aliud est a compensatione: nunc autem quaestio est de lucro. Compensatio quidem, qua aequalitas fit, semper est licita.

494. Eodem pacto probatur honestas lucri in altero cambio locali, cum campsor dat heic pecuniam postulanti, recipiendam ab eodem in alio loco; quod contingit, cum quis pecuniam quidem alibi habet, caret autem heic, ubi ea indiget. Quibusdam veteribus videbatur campsor in hac hypothesi mutuum dare et sic lucrari ex mutuo; ut idcirco tale lucrum reprobarent. Sed vera sententia est, titulos esse legitimos lucri in hoc contractu, non secus ac in praecedenti. Intercedit enim et heic traiectio virtualis et assecuratio, qua pecunias, quas campsarius habet Parisiis, facit eum habere Florentiae; nam perinde est ac si reapse traiectionem hanc faceret suo periculo, pro qua certe pretium exigere potest.

Adde lucrum cessans aut damnum emergens propter privationem pecuniae, si praesertim non post breve tempus pecunia sit recipienda: quod lucrum cessans aut damnum emergens in exercentibus hanc negotiationem semper praesumere licet. Propter longam etiam temporis moram posse lucrum ex cambio percipi, probat Laymann *de Cambio* n. 9. Adde tandem titulum, qui nunc viget, praestitae pecuniae, pro qua lucrum quoddam percipere licet.

495. Quoad hunc duplicem contractum advertantur rursus haec tria. 1° Haec cambiorum negotiatio exercetur saepe magis credito et correspondentium ope ac dexteritate in praecipiendo illis, ut suo nomine suscipiant aut dent ad cambium pro diversis locis, quam copia numeratae pecuniae, ut iam advertit Molina disp. 408. n. 3. 2° Etsi contingat, quod

campsor, qui pecuniam accipit heic aut alibi, ea indigeat ubi eam accipit, non prohibetur tamen lucrum cambii percipere; quia emolumentum, quod ipse per accidens obtinet, non impedit, quominus vere beneficium illud conferat campsario, pro quo exigitur praemium. Quando vero utrique, campsario et campsori prosit cambium, cuius erit lucrum? Respondet Tamburini, cum aliis *de Contractibus* tr. 3. c. 4. §. 3. n. 1. esse illius qui praevenitur, seu qui rogatur, quod cohaeret cum eo, quod modo dictum est: nisi tamen alter sciens alterius necessitatem, pacisci velit compensationem. 3° Campsoris partes agere posse quemlibet privatum erga alium, erga eos quoque, qui campsoris munus publice exercent et hoc pacto lucrari.

Quid si aureus Matriti, ait Lugo n. 50. valet 13. iulios seu regales argenteos, Romae vero valet 15. iulios seu regales argenteos eiusdem prorsus bonitatis, potest ne qui aureos Matriti dedit totidem recipere Romae, secluso titulo translationis et assecurationis, lucri cessantis, damni emergentis? Cum seponantur tituli, quibus lucrari licet et aureus sit Romae maioris reapse valoris, manifestum est, quod qui Romae aureos recipit, compensationem debet, ut fiat aequalitas. Erit porro compensatio, si qui Romae recepit, rursus alio cambio reddat Matriti sub iisdem conditionibus.

496. Quaerebant veteres, an qui pro campsore vel pro campsario, iuxta diversum modum contractus, in altero loco respondebat, solvens pecuniam, posset ex cambio pretium seu, ut dicebatur, provisiones pro opere suo recipere et a quo. Quod possit, evidens est; nam opus est dignum mercede. Ille autem provisiones praestare debet, in cuius nomine respondens agit et cuius negotium gerit. *

CII. 4. Illicitum est Cambium fictum seu siccum, quod nihil aliud est, quam titulus lucrandi: ut v. gr. Titius indigens pecuniis petit a Campsore sibi dari 100.: Campsor autem non aliter dat, nisi Francofurti, v. gr. vel alio loco distante solvendos petitque ab eo pretium, quod solet dari pro locis similibus. Titius ergo accipit et tamen vere non cogitat reddere in istis locis, imo forsan nec habet istic correspondentem, idque constat Campsori: contractus hic est Cambium fictum ac revera mutuum, ideoque palliata usura. Excusabitur tamen Campsor, si lucrum illud exigat titulo lucri cessantis. Plura vid. apud Tolet. l. 5. c. 52. Bon. d. 3. q. 5. p. 4.

497. * Cambium fictum est actio speciem habens cambii, reapse tamen cambii realis ratione carens: seu est id quod dicitur quidem cambium, caret tamen omni titulo, qui in cambio ius ad lucrum concedit. Exemplum ponit A. in cambio locali; nam in cambio manuali nec locus fictioni esse posse videtur.

In cambio reali locali habetur translatio virtualis pecuniae et eius assecuratio: si nulla sit translatio et nulla proinde assecuratio, cambium

locale non erit nisi nomine tenus et erit reapse mutuum, pro quo nunc quidem haud prohiberis lucrum recipere, sed non ratione cambii.

In exemplo A. Titius indiget heic pecunia nec alibi habet pecuniam aut aliquem, qui pro ipso solvere possit nec ipse vult alibi pecuniam acceptam solvere. Campsor vero cum eo agit non secus ac cum illo, qui habeat alibi pecuniam vel aliquem, qui pro ipso solvat, non habeat tamen heic ubi eget et eam petat a campsore. Fingit hic proinde translationem pecuniae, cum haec translatio non possit habere locum et ita fingitur cambium. Cf. Lessium l. 2. c. 23. n. 68.

Non placet tamen illud *forsan*, quod A. addit, inquiens *imo forsan nec habet istic correspondentem.* Nam si habeat, qui solvere pro eo valeat, tunc defendi poterit haec ratio agendi campsoris. Nam integrum est ei, sicut negare pecuniam, ita eum instituere contractum, quem velit, modo licitus sit: atqui licitus est contractus cambii et hunc inire Titius valet in hypothesi; ergo campsor exigere potest, ut contractus cambii fiat et eius emolumentis ipse fruatur.

Verum nostra aetate, cum liceat ex praestita pecunia percipere lucrum, opus non habent amplius campsores huiusmodi artificiis, quae ab usu excesserunt.

498. Idem dicatur de forma contractus, de qua veteres plura subtiliter inquirebant et quam memorat quoque s. Alph. n. 854. Cf. Lug. disp. 28. sect. 5. seqq. Lessius l. c. nn. 59. seqq. Tamburini *de Contract.* tr. 3. c. 5. §§. 2. 3. 4. Vocabatur *cambium cum recambio* seu *cum recursu*, quod sic describitur. Tu accipis Neapoli centum nummos aureos a campsore solvendos a te in Sicilia: sed quia non habes ibi pecuniam nec procuratorem, qui pro te solvat, rogas campsorem, ut tibi concedat procuratorem suum in Sicilia residentem, ut nomine tuo solvat debitum ipsi campsori cum lucro cambii: campsor ergo scribit ad suum procuratorem, ut tanquam procurator tuus solvat sibi campsori cambium cum lucro et tanquam procurator suus debitum suum recipiat. Verum quia tu non habes pecuniam in Sicilia nec creditum et idcirco procurator ille, prout est procurator tuus, nihil habet, ideo idem, ut procurator campsoris, dat tibi pecuniam seu dat sibi ut procuratori tuo, qua exstinguas debitum. Hanc autem pecuniam dat tibi ad cambium, solvendam a te campsori Neapoli, cum novo lucro campsoris; quia est novum cambium. Ita si lucrum pro singulis centenis est quinque, pro acceptis semel centum aureis, solvis centum et decem.

Theologi, qui id tuebantur, duo supponebant, quae vera esse possunt. 1° Quod campsor non cogat campsarium ad accipiendum procuratorem suum, qui eius nomine agat, sed hic libere acceptetur vel postuletur a campsario.

2º Cum procurator ille dicitur nomine campsarii solvere debitum et nomine campsoris recipere, exstinguatur reapse hoc debitum, antequam litteras secundi cambii dentur ab eodem procuratore ad campsorem; ita ut si ille procurator fugiat aut decoquat, non possit campsor directe nomine suo agere in campsarium propter illum primum cambium, quod exstinctum censetur et cuius lucrum apud procuratorem periit campsori.

Si res ita serio agatur, cum nihil praeterea prohibeat unum hominem duas agere personas, haec forma contractus non improbatur a Lugo, Tamburini, aliis et videtur Lessio sententia eum contractum probans speculative verior. Aliis multis, ut ait Lessius, displicuit et horum sententiam probabilem esse idem dicit: in quam sententiam et s. Alph. concedit, non cernens ibi nisi cambium fictum et manifestam usuram, qui tamen alterius suppositionis antea descriptae non meminit.

At nunc pro augendo, etiam legitime, pretio lucri in cambio (huc enim tandem spectabat illa operatio) non est opus his ambagibus uti, ut duplex aut multiplex cambium fiat aut fieri supponatur. *

CIII. 5. Quod attinet ad Cambium Francofurtense, in quo mercatores dantes Cambium ad proximas nundinas, quo magis eae distant, eo plus exigunt, si ideo praecise plus exigatur, quia solutio diutius differtur, usura est; si autem ratione alterius tituli iusti, v. gr. lucri cessantis, cum pecunia mercatorum sit instrumentum lucrandi, quo si diutius carent, carent lucro et quo longius est tempus, eo plures Cambium petunt, ideoque crescit valor pecuniae: tunc lucrum est iustum. Laym. l. c. n. 94. ex Mol. Less. etc.

499. * Haec erat ratio frequens agendi cambii, ut pecunia ad proximas vel succedentes nundinas, quae celebrabantur in certis locis, ut Francofurti, restitueretur cum lucro.

Pius V. edidit Kalend. Februarii anni 1571. Constitutionem *In eam* circa cambia: qui *ad tollendas occasiones peccandi et fraudes foeneratorum,* praeter cambii ficti proscriptionem, quoad cambium locale statuit non protrahendum tempus solutionis cambii, nisi ad primas nundinas vel, si nundinae non fiunt, ad proximum terminum iuxta receptum locorum usum: in terminis solutionum constituendis habendam esse rationem longinquitatis aut vicinitatis locorum: campsorem, propter dilationem, ultra terminum praestitutum, concessam, non posse pacisci de aliquo lucro: non licere in pactum deducere a principio seu postea certum determinatum interesse; id nimirum ex futuro eventu diiudicandum erit quantum esse debeat.

Haec ad amovenda pericula usurae et propter praesumptionem usurae vetita sunt. Usune recepta fuerit haec Constitutio, dubitatur. «Puto paucis in locis et forte nusquam, saltem quoad omnes eius conditiones, esse receptam» ait Lessius n. 93., cui Lugo consentire videtur n. 107. qui addit et Salas idem censentem. Sane adiunctorum varietates et lapsu temporum

mutationes oportuit multiplices quoque causas mutationum hac ipsa in re afferre.

500. Campsores isti, qui cambium locale exercent, nummularii sunt, quos bancarios (banchieri) vocant. Horum munera sic describit pro sua aetate Molina disp. 408. nn. 4. 5. Horum munus in locis, ubi mercatura et cambia praecipue exercentur, est recipere eorum mercatorum et campsorum pecunias, qui in ipsorum *banco* eas consignare volunt et sic esse depositarios pecuniae illorum: item solvere eas pecunias illis, quibus praescripserunt, qui eas deposuerunt: praeterea rationes in scripto habere tam accepti quam dati ex praescripto illorum: denique rationes illorum cum aliis expedire ac paratas semper habere. Eiusmodi autem homines, prius quam munus hoc suscipiant, fideiussores et legitimam cautionem iis rebuspublicis praestant, in quibus id munus exercere debent. Hi per se poterant esse simplices depositarii et ideirco mercedem exigere pro custodia depositi et ceteris actionibus aut laboribus ad eam pertinentibus: verum, ait, omnes bancarii dominium acquirunt pecuniae, quam recipiunt; quocirca si ea perit, ipsis perit, non illis, a quibus eam acceperunt. Hinc ea bancarii quidam utuntur, tradentes ad cambium, negotiantes etc., ut multum proinde lucrentur. Quocirca quin exigant mercedem pro custodia depositi, solent loco non modici beneficii habere, quod alii apud se suas pecunias deponant atque iis tanquam praemium solvere aliquid, quatuor e. gr. aut quinque pro mille, ut eos alliciant ad deponendas pecunias in *banco* suo, ut ait Disp. 409. n. 7. Cf. et Lugo disp. 28. nn. 61. 64. Imo in quibusdam locis consuetudine receptum erat, ut si deponens traderet pecunia numerata decem e. gr. millia ducatorum, bancarius eidem concederet apud se creditum aliorum quinque millium, ultra illa decem millia, ita videlicet ut, si deponens consignaret aliis in eo banco usque ad 15. millia ducatorum, bancarius litteras acceptaret seque obligaret ad ea omnia pro illo solvenda, nullo a deponente accepto stipendio pro maiori illo credito et obligatione, quam loco illius in se suscipit. Ita Molina et Lugo ll. cc. Ex quo arguere licet, quantum nummularii isti ex deposita pecunia lucrarentur.

Utramque tamen agendi rationem improbat Molina, si bancarius ex pacto, non ex animo liberali et grato illud emolumentum deponenti praestat; quia istud depositum reipsa est mutuum et ideirco lucrum esset ex mutuo h. e. usura. Quam doctrinam et Lugo probat.

Atque haec, praesertim quod spectat ad priorem praemii solutionem, pro illa tantum aetate accipienda sunt atque credere licet, tunc non paucos bancarios utrumque praemium liberaliter contulisse.

Tandem, ut monet Lugo n. 62., duplici modo solebat pecunia bancariis consignari, vel numerata vel in litteris cambii (cambiali), quarum ratione

deberetur bancario summa in iis indicata ab illo, ad quem litterae directae erant vel a quo missae erant. Pariter bancarius duplici modo solvere solebat sua debita, vel in pecunia numerata vel in litteris, quas creditori dabat, continentibus illam summam in alio loco vel in eodem ab aliis debitoribus solvendam. *

CIV. 6. Qui cambiendo, vel aliter, pecuniam adulterinam accepit, sive ex ignorantia aut inavertentia, non potest illam expendere; quia res vitiosa non potest tradi alteri, vitio non detecto, ut supra *de Vendit.* Neque ex eo quod ipse deceptus est, potest decipere alios, cum actio, qua deceptus fuit, nullum ad hoc ius tribuat. Bon. d. 3 q. 5. p. 1. ex Azor. Sanch. etc.

501. * Haec proprie huc non spectant, sed potius ad tr. de restitutione propter damnum illatum; alii tamen quoque DD. ut Lugo n. 6. heic hanc quaestionem agunt, occasione disputationis de valore pecuniae et quia quaedam commutatio pecuniae videtur habere locum.

Loquitur A. de eo, qui scienter expendat pecuniam adulterinam et eius ratio clara est.

502. Sed quaestio fit de eo, qui bona fide monetam falsam in contractu oneroso accepit et rursus alio contractu oneroso expendit, an comperta postea veritate, debeat restituere, si ea de causa non sit factus locupletior.

Si secundus contractus onerosus actus est cum priore emptore, nihil est amplius faciendum; quia compensatio inter utrumque facta est permutatione mercium.

Si cum alio contractus secundus fiat, sunt qui censeant, hominem istum ad nihil teneri: nam non tenetur ratione rei acceptae; quia non est factus locupletior: non ratione iniustae acceptionis aut damnificationis; quia bona fide egit. Verum quod priore loco dicitur, non satis liquet. Etsi enim hic non sit factus locupletior, hoc inde est, quod ab alio priori contrahente damnum est passus, quod tamen damnum alter contrahens praestare non tenetur: illud vero non impedit quominus verum sit, hunc hominem in secundo contractu mercem accepisse absque soluto pretio; nam moneta falsa nulla est moneta. Tenetur ergo ex re accepta damnum contrahenti compensare ideoque vel pretium verum solvere vel restituere mercem, retenta actione in eum, a quo monetam falsam accepit. Atque id, re per se spectata, tenendum est. Censet tamen Lugo n. 6., quod si is qui monetam falsam accepit, nihil damni passus sit, quia e. g. et ipse bona fide expendit et solvit personis ignotis, quibus restituere non tenetur, eo quod nesciat aut quinam sint, aut ubi sint, aut an damnum passi sint: tunc qui bona fide monetam falsam expendit nec factus est ditior, liberatur ab onere restitutionis; quia reipsa actio eius non fuit efficax damni. *

Dub. XI.

Quid sit Locatio et Conductio.

CV. Resp. Est contractus, quo quis personam, vel rem aliquam mobilem vel immobilem alteri ad tempus utendam, vel fruendam concedit, certo pretio aut mercede seu pensione constituta. Utenda conceduntur v. g. elocata domus, equus, servus etc. fruenda conceduntur elocatae vaccae, capra, fundus, pomarium etc.

503. * *Locatio conductio* est contractus, quo quis se obligat rem vel personam ad usum vel usum fructum alicui ad certum tempus, pro pretio, concedere et alter accipere. Dicimus: *se obligat;* est enim contractus consensualis. Qui concedit, *locator*, qui accipit, *conductor* vocatur. Quod addimus *ad certum tempus* ex iure saltem positivo fluit, nulla enim locatio perpetua admittitur. Sunt qui distinctius rem efferant dicentes: *infra decennium* Molina disp. 486.; quia si ad decennium et ultra fit, contractus alius est, nempe *emphyteusis,* quae iure romano differt a locatione. Verum hoc accidentale est per se contractui, prout a lege naturae statuitur et quidam civiles codices nunc emphyteusim a locatione distinctam non agnoscunt.

Locari ergo potest tum res eaque immobilis, ut praedium, aut mobilis, ut grex, tum persona, ut servus aut operarius, sive ad usum tantum, ut domus, sive ad usumfructum, ut vinea.

Dicitur *pro pretio;* nam 1. si gratis quis e. gr. det alteri usum aut usumfructum rei suae, non locare sed commodare vel donare dicetur: l. 46. Dig. *Locati et conducti:* « Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est; quia et hoc donationis instar inducit » et si quis gratis alteri operam suam praestat, mandati erit obligatio. Cf. Vinnium Inst. *de Locatione* §. 1.: locatio scilicet et conductio est contractus onerosus. 2° cum pretium, quo rerum aestimatio fit, proprie sit pecunia, in locatione, quemadmodum in venditione, pecunia rependi debet pro re accepta. Cf. Inst. *de Locatione* ab init. et §. 2. et l. *Depositum* §. 9. Dig. *Depositi vel contra,* ubi, etsi quasi genus locati et conducti in quodam contractu interveniat; *quia* tamen *pecunia non datur,* negatur actio locati, conducti. In locatione quidem quod rependitur a conductore, nomen nanciscitur *mercedis* Inst. l. c. quemadmodum et *pensionis,* cum locantur immobilia l. *Ex conducto* §. 4. Dig. *Locati conducti,* at haec merces et pensio in pecunia consistit, ut patet ex cit. l. *Depositum* et ex l. *Naturalis* §. 2. Dig. *de Praescriptis verbis* etc. « At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari soleat, puta ut tabulam pingas, pecunia data, locatio erit... si res (detur), non erit locatio ». Hinc in Instit. §. 2.

cit. *de Locatione*, negatur esse contractus locationis, si quis rem aliquam utendam sive fruendam tibi dederit et interim a te utendam sive fruendam aliam rem acceperit; sed placuit, ait, proprium hoc esse genus contractus.

Quapropter l. *Si merces* §. 4. Dig. *Locati* etc., si colonus est partiarius, qui nempe partem fructuum praestat domino, contractus dicitur intervenire *societatis* et distinguitur hic colonus ab eo colono, qui ad pecuniam numeratam conduxit; hoc scilicet in casu est vera locatio.

Et haec ex positivo iure romano (a); nam ius naturae non adeo subtiliter res discernit perindeque ei est, sive pecunia sive alia re aequivalenti mercedem solvas. Cf. Molina disp. 486.

Tandem ut vera locatio sit, oportet pretium determinari, cum conventio fit: si conventio ineatur ex mercede, quae postea constituetur, contractus erit innominatus: facio, ut des. Vinnius l. c.

504. Ut natura et proprietates huius contractus penitius intelligantur, videndum breviter est, 1° in quo conveniat cum venditione et in quo ab ea differat: 2° qui locare, conducere possint: 3° quid locari et conduci possit: 4° qua culpa teneantur locator et conductor: 5° quaenam sint utriusque obligationes et iura. De hoc postremo capite agit etiam A. in resoll. Cetera praemittenda paucis.

505. Ad primum quod spectat, conveniunt venditio et locatio 1° in hoc, quod ut iam monuimus n. 364. et ipsa sub venditionis late sumptae genere comprehendi potest. 2° quod uterque contractus consensu perficitur: de locatione id patet ex. l. 1. Dig. *Locati conducti*. « Locatio et conductio, cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis (ut stipulatio) sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio » (b). Quocirca quae dicta sunt de venditione, quandonam censenda sit perfecta, huc quoque applicanda sunt.

3° Uterque est contractus bonae fidei, ut iam superius indicatum est.

4° In utroque necesse est certum constitui pretium. « Locatio et conductio (dicitur l. 2. Dig. tit. c.) proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit. Nam ut emptio venditio ita contrahitur,

---

(a) Ius quoque Gall. art. 1709, et Ital. 1569. postulant *determinatum pretium* (un certain prix, un determinato prezzo); quod citra pecuniam haberi nequit. Sub genere tamen locationis enumeratur quoque is contractus, quo alter alteri animalia tradit, ut fructus dividatur inter proprietarium et eum, cui commendantur C. G. art. 1711. (bail à cheptel), C. I. art. 1665. (locazione a soccida o soccio).

In utroque iure rursus, cum colonus partiarius est, adhuc est locatio: C. G. art. 1711. coll. art. 1763. C. I. art. 1647. seqq. (ubi talis colonus dicitur mezzaiuolo, mezzadro aut simpliciter colono).

(b) Congruit C. G. art. 1709. seq. C. I. art. 1569. seq.

si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit ».

5° Quod de arrhis dictum est in venditione, idem valere in locatione affirmat Molina disp. 487. et per se satis patet.

6° Quemadmodum in emptione venditione laeso infra vel ultra dimidium conceditur actio adversus laedentem, ita et in hoc contractu fit. Colligitur ex l. *Maioribus* C. *Communia utriusque iudicii* etc. ubi principium statuitur: « in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur ».

Differentiae inter venditionem presse acceptam et locationem sunt 1° quod in ea transfertur rei dominium, heic retento rei dominio seu proprietate, res traditur alteri ad usum seu usumfructum captandum.

2° In locatione pretium successivis temporibus debetur, secus in venditione.

3° Si res vendita ante traditionem, absque culpa venditoris, perit, emptor nihilominus pretium solvere tenetur: at si res locata, ante traditionem perit, contractus dissolvitur l. *Item quaerit* Dig. *Locati* etc.

4° Peculiare est in venditione, ut res in emptoris dominium non transeat, nisi pretio soluto: conductor vero suos facit fructus, etiam ante solutam pensionem; quod ex eo constat, quod locator fructus retinere potest pro pignore solvendae pensionis l. *In praediis* Dig. *In quibus causis pignus* etc.: nemo autem rem suam pro pignore accipit. Cf. Lugo n. 26.

5° Conductor, etsi rem habeat, non tamen possessionem rei habere dicitur, sed tantum in possessione esse, alterius scilicet nomine Inst. *de Interdictos* §. 5. Ille enim proprie possidet, cuius nomine possidetur, non is qui in possessione praestat alteri ministerium l. *Quod meo* Dig. *de Acquir. vel amitt. possessione.*

6° Locatio est, ex usu saltem communi, ad certum tempus, idque aequitas postulat, ut nempe possit aliquando dominus uti re sua, si ei libuerit; venditio est per se perpetua.

7° Personae quoque locari vel se locare possunt, quamvis liberae, libertate non amissa; vendi aut se vendere hoc pacto non possunt. Mos est tamen, ut opera vel factum potius locari dicatur, quam persona.

506. 2° Quicumque vendere et emere possunt, iis locare et conducere licet (a); non enim plus ad illum contractum, quam ad hunc requiritur, ut per se patet. Conductor potest alteri rem conductam sublocare l. *Cum in plures* Dig. *Locati et conducti* et l. *Nemo* C. *de Locato.* « Nemo prohibetur rem, quam conducit fruendam, aliis locare, si nihil aliud conve-

(a) In iure Italico locatio ultra novennium non permittitur iis, qui simplicem administrationem habent. C. C. art. 1572.

nit » (a): modo tamen ad eundem usum locet, quo res primum locata est. Molina disp. 489. n. 1.

Porro contractus locationis et conductionis transit ad heredes utriusque, quandiu durat praefinitum tempus locationis, nisi aliter conventum fuerit. Inst. tit. *de Locatione* etc. §. 6. (b) Item transit, si locata sit opera ad aliquid, quod per alium impleri possit, ut habet l. *Veteris* C. *de Contrahenda et committenda stipulatione;* secus si talis sit opera, quae per alium nequeat impleri (c).

507. 3° Locari possunt quaecumque in commercium veniunt, dummodo non sint ipso usu consumptibilia ideoque tam immobilia, quam mobilia, etiam incorporalia, ut iura, puta ususfructus, vectigalia, habitatio etc. Opera tamen aut facta non omnia (ait Vinnius Inst. tit. *de Locatione* ab init.) locationem recipiunt, sed ea, quae mercede aestimari possunt et solent, qualia e. gr. sunt tabulam pingere, insulam aedificare, aliquem alio vehere. Porro opera agrimensoris *beneficium* reputatur et quod rependitur, non merces, sed remuneratio et honorarium censetur et ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem et conductionem non esse. Idem autem statuendum de opera advocati, medici ceterorumque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia operam nobis navant (d).

Patet servitutes personales locari posse, non possunt tamen reales, praediorum scilicet, cohaerentes solo ad eius utilitatem l. 44. Dig. *Locati* etc. « Locare servitutem nemo potest »: quamvis eae vendi possint. Cuius rei ratio affertur; quia locatio est ad tempus, servitus autem ad tempus constitui nequit. l. *Servitute* Dig. *de Servitutibus*: « Servitutes, ipso quidem iure, neque ex tempore neque ad tempus... constitui possunt ».

Adverte in locatione operarum illum proprie locatorem dici, qui operas praestat et mercedem accipit, conductorem illum, cui opera praestatur et qui mercedem solvit. Id ex definitione contractus patet. Nihilominus

---

(a) Ita et ius Italicum tribuens facultatem conductori sublocandi atque conductionem suam cedendi, quae facultas auferri nequit nisi per pactum speciale. C. C. 1573. cf. et C. G. art. 1717.

(b) Ita et C. I. art. 1596. et C. G. 1742.

(c) Iure italico etiam haec locatio solvitur morte operarii, qui operam suam locaverat: sed qui opus commisit tenetur heredibus illius solvere pretium tum laboris peracti tum praeparatae materiae, si haec possunt ipsi committenti utilia esse, art. 1642. 1643. Ita et C. G. 1795. 1796.

(d) In codice I. quoad res, quae locari possint, mentio specialis fit tantum praedii rustici, domus habitandae et animalium, art. 1571-1696. Quoad opera, edicitur tres esse principales species locationis operarum et industriae. Prima, qua quis obligat operas suas in alterius famulatum: altera sunt vectores tum terra tum aqua, qui se obligant ad personas vel res transferendas: tertia redemptores operum faciendorum art. 1627.

identidem nomina permutantur et qui operam praestat, conductor vocatur in iure, ut notat Vinnius l. c. n. 2. quem confersis.

508. 4° Quoad culpam, quam uterque praestat, cum contractus sit in utriusque commodum, ea est tantum culpa lata et levis, non levissima. Ita Lugo disp. 29. n. 64. Molina disp. 494. n. 1. Cf. dicta p. 2. n. 117. (a).

Verum identidem pro culpa etiam levissima teneri quis poterit, h. e. pro omissione maximae diligentiae; quando scil. natura rei sit talis, ut maximam diligentiam requirat: ita si quis conducatur ad ferenda per viam crystallina vasa. L. *Si merces* §. 7. Dig. *Locati* etc. Sed lege Molina disp. 494. n. 2. qui bene advertit hanc culpam ad levem revocari, dummodo nomine culpae levis intelligas, ut par est, omissionem diligentiae, quam quisque in re sua adhibet et *quam rei natura postulat.*

Neuter etiam tenetur ad casus fortuitos, in quibus nulla intercedit culpa.

509. 5° Obligationes locatoris rei, sunt 1. Conventione perfecta rem tradere eamque in eo statu conservare, ut conductor ipsa uti valeat et idcirco expensas ad id necessarias facere. L. *Sed addes* §. 5. et l. *Ex conducto* §. 1. Dig. *Locati* etc. Quapropter locationis tempore eas omnes restaurationes facere locator debet, sine quibus res usui non esset (b). Haec ex ipsa contractus natura dimanant. Locator enim est rei dominus, qui eam alteri utendam aut fruendam tradit: hic proinde supponit idoneam eam esse fini intento idque praestare dominus debet; oportet enim agrum praestari conductori ut frui possit, quemadmodum dicitur l. cit. *Ex conducto* §. 2.

2° Debet locator manifestare vitia rei, quae inutilem aut perniciosum usum rei reddant et si ignorans id fecit, vel eius ignorantia non eum excusabit, si potuerit ipse rem experiri, quod pro foro externo saltem valet, vel certe pensionem non exiget l. c. *Sed addes* §. 1.: ubi non excusatur ignorantia eius, qui dolia vitiosa (quibus nempe vinum inficeretur) locavit; excusatur, qui pascua locavit, ubi herbae malae nascebantur idque ignorabat: facilius enim in eo creditur ignorantia inculpabilis; quia non poterat vitium agri experiri (c). Tum conductor indemnem se potest servare, pensione retenta vel eius parte.

(a) In iure italico conductor debet uti re locata, tanquam bonus paterfamilias, ad usum a contractu determinatum, vel, deficiente conventione, ad eum, qui praesumi potest. art. 1583.

(b) Congruit ius Italicum art. 1575. 1576. et ius Gallicum art. 1719. 1720.

(c) Ex iure Ital. locator debet immunem praestare conductorem ab omnibus vitiis et defectibus rei, quae huius usum impedirent: etiamsi ea ignoraverit locator, cum contractus iniretur. Si vero ex huiusmodi vitiis aut defectibus damnum conductori obveniat, tenetur locator damnum compensare, nisi demonstret se ea ignorasse art. 1577. Ita et C. G. art. 1721.

510. Obligationes conductoris sunt 1° pretium solvere tempore statuto: 2° eam diligentiam in usu rei adhibere, ne rei dominus detrimentum patiatur, quam quivis diligens adhibet in re sua. Tenetur enim, ut diximus de culpa lata et levi.

3° Debet re uti in eum finem, pro quo est data et non in alium: secus deesset consensus locatoris, sine quo nullus est contractus et debet eam restituere, qualem accepit. *

4° Expensae spectantes ad restaurationem rei usu attritae, si minores sint aut parvi momenti (locativas vocant), ipse conductor facere tenetur. Patet ex consuetudine easque solent etiam leges definire. Cf. C. C. Gall. art. 1754. Ital. 1604.

Et sane in his, sicut in aliis contractibus, servandae sunt leges et consuetudines regionum: nam contractus fieri censentur iuxta legem et consuetudinem loci, in quo fiunt, nisi aliud exprimatur. Praetera si qua pacta adiecta sunt, dummodo non sint iniusta aut legibus vetita, servanda sunt. Cf. Lugo n. 67.

* Quaeritur quandonam colonus fructus faciat suos. Ex iure romano constat, usufructuarium, cuiusmodi est et colonus, fructus suos non facere, donec ab ipso vel eius nomine separati sint. Cf. dicta in prima parte n. 496. Quocirca si alius suo nomine fructus a terra separaverit, non colono (ait Vinnius Inst. l. 2. tit. n. ad §. 36.), sed domino fundi acquiruntur, cui etiam ob id soli condictio competat... Nec est contrarium, quod Paulus respondet l. *Si apes* §. 1. Dig. *de Furt.*, colonum cum eo, qui fructus stantes surripuit, furti agere posse. Nam et fructuarius potest l. 2. §. ult. Dig. *de Usufr.;* quippe furti actio omnibus competit, quorum interest furtum factum non esse, licet rei surreptae domini non sint » (a). *

Unde considerata huius contractus natura et iuris dispositione resolvuntur sequentes casus.

CVI. 1. Si res locata ante traditionem pereat, contractus dissolvitur et conductor liberatur.

511. * Iam id diximus loquentes de differentiis inter venditionem et locationem n. 493. Et sane obiectum proprium contractus huius, qui consensu perficitur, non est res sed usus eius; res est id quod supponitur; deficiente autem supposito, perit id, quod ei innitebatur.

Idem ergo dicendum, si, durante locatione, citra culpam conductoris, res tota perit.

(a) Quoad ius Italicum et Gallicum cf. notata in P. 1, sub n. 496.

Quod si res ex parte perit, pensio saltem minuenda erit et si pars sit notabilis, aequum est ut in potestate conductoris sit petere vel diminutionem pensionis vel dissolutionem contractus (a). *

CVII. 2. Si, absque culpa conductoris, usus vel fructus rei cesset, ver. gr. quia domus ruinam minatur, infestatur spectris, vel ob periculum pestis (nisi tamen quoad hoc consuetudo sit contraria) aut belli, tutam habitationem non praestat, liberatur conductor a solvenda pensione pro tempore, quo non potest inhabitare, vel alia re conducta uti vel frui, ut v. apud Laym. l. 3. t. 4. c. 22. Less. l. 2. c. 24. d. 1. etc.

512. * Supponitur abesse culpa conductoris. Distingue hunc casum a seqq. in resol. 4. et 5. Agitur heic casus, quod cesset usus aut ususfructus eo quod conductor impeditur ab usu vel cultura rei, ut si domus ruinam minetur aut quavis alia causa non praestet tutam habitationem, ita ut conductor exulare teneatur. Idem dic, si quis locet tibi operam famuli et huius brachia frangantur: si quis locet tibi agrum et hic diutina inundatione obruatur, aut ab exercitu irrumpente teneatur. Liberari tunc conductorem a solvenda pensione, quo tempore res est inutilis, facile convenit inter DD. et favent leges, l. *Si fundus*, l. *Perinde*, l. *Et haec*, l. *Habitatores* §. 1. Dig. *Locati* etc. Haec enim est implicita conditio conductionis, ut re uti possim.

Limitationes duas meminit Laymann l. ab A. cit. n. 3. 1ª Quod cessante impedimento, conductor eiusque heres contractum conductionis continuare cogitur, si facile possit. 2ª Multum in his tribuendum consuetudini. Quare quod A. dicit de pestis occasione, Lessius l. c. censet non esse usu receptum et consentit Lugo n. 29. neque illud esset nostris, puto, moribus accomodatum. *

CVIII. 3. Servo, aut laboratori conducto non debetur stipendium temporis notabilis, quo aeger decubuit, nec aegro, nisi expensae modicae: nisi tamen aliter sit conventum, aut consuetudo ferat. V. Sà v. *Conductio*.

513. * Sermo est de iis famulis (hi enim sunt heic *servi*) et operariis, non qui conducuntur ad aliquod opus, quo expleto pretium sit solvendum; sed de iis, quibus merces penditur in singulos dies, hebdomadas, menses aut annos.

Per se, vi contractus, si huius solius ratio habeatur, famulus aut operarius, qui a promisso opere cessat, etsi absque sua culpa et necessitatis vi id faciat, nequit pro eo tempore stipendium exigere; defuit enim huius conditio seu meritum. Lugo n. 58. qui hanc sententiam communem dicit. Et quidem si tempus cessationis est notabile, convenit inter DD. conductorem haud debere pretium pro eo tempore solvere, quamvis caritas

(a) Cf. C. Ital. art. 1580.

subsidia quaedam praestanda suadeat; nequit enim supponi, quod conductor voluerit se ad eas non leves expensas obligare.

At si tempus sit breve, spectanda est potissimum consuetudo loci, secundum quam obligationes contrahentium et eorum etiam intentionem interpretari licet: spectanda sunt quoque pacta, si qua addita sunt ab initio contractus.

Essent quidem conductores laudandi, si consuetum stipendium, quod praestant, tantum esset, ut operarii aut famuli in iis contingentibus necessitatibus, quae frequenter occurrere possunt, sibi valerent eius ope consulere, quemadmodum aequum est, ut stipendium, quod pro sex diebus datur, conferat ad victum die etiam festivo comparandum. Verum id nequit tanquam regula statui et advertit Lugo n. 62. ex Molina disp. 506. n. 3., non semper esse iniustam mercedem, quae non sufficiat ad victum, vestitum decentem famuli et multo minus, qua non possit famulus se suosque alere. Nam contingit vel obsequium famuli non esse tanta mercede dignum, vel iisdem superesse tempus, quo liceat ipsis alia ratione supplere quae desunt et plures sunt, qui eo parvo stipendio contenti sint.

Generalis sane regula est: eam esse iustam mercedem, quae iuxta communem existimationem (cf. dicta de pretio ubi de Venditione) seu consuetudinem est adaequata operi et dummodo infimum pretii gradum attingat, non posse iniustitiae damnari. Cf. Molina l. c. Cetera caritas, liberalitas vel specialis conventio supplet.

514. Sequitur ex dictis, quod si herus sumptus fecerit pro famulo aegrotante, poterit illos in stipendium computare. Limitat tamen Lugo n. 60., nisi sumptus ii essent non necessarii, quos si famulus sciret se eos solvere debere, nollet tanto pretio sibi providere, sed vilioribus medicinis et cibis sibi consuleret, prout frequenter contingit.

Item si certum non sit, mercedem esse infra limites infimi pretii, non est permittendum famulo aut operario, ut se compenset ex bonis conductoris; quia non constat de iniustitia pretii. Molina l. c. n. 2. Nostra aetate non tantum dominorum sed operariorum potissimum cupiditas crevit in immensum: quocirca caveat confessarius ne leviter iis fidem adhibeat. Profecto si in tabernis et lupanaribus non proiicerent quae lucrantur, plurimi operarii stipendio suo consulerent honeste satis sibi suisque.

Cf. dicta sub Praecepto 4. decalogi dub. 4. in 2. P. huius. tr. n. 161. seqq.*

Quaerit s. Alph. n. 862., an nuncius vel quivis alius proficiscens pro alicuius utilitate in certum locum (idem dic de alia simili opera) possit ab alio, cui eodem itinere idem commodum praestat, eandem ac a priori accipere et exigere mercedem.

Communem sententiam asserit esse Concina apud s. Alph., quod id

liceat; nam reapse actio huius hominis utilis est secundo conductori, non secus ac si is esset unicus et per accidens est quod et alteri prosit. Consuetudo, ait idem, id permittit aurigis; sed par est ratio pro aliis. Si tamen lege quid esset constitutum, ut pro publicis vectoribus fieri solet, id esset servandum.

CIX. 4. Propter modicum damnum vel infortunium, nihil remittitur colono de pensione: secus si magna sit clades. Quod si tamen antecedentium vel sequentium annorum fertilitate damnum compensetur, non remittitur. Laym. n. 7. Less. l. 2. c. 24. d. 4.

515. * Duas habet partes resol.: propter modicum damnum, quod patitur, nihil remittitur colono: remittitur aliquid, si magna sit clades; haec altera pars tamen exceptionem subit indicatam ab A.

In primis tenenda est doctrina Lessii c. 24. nn. 13. 16. quam sequitur Lug. n. 36., ex rei seu contractus natura non exigi huiusmodi remissionem, sed ex quadam aequitate leges eam statuisse.

Conductor enim spectari potest ut emptor fructuum futurorum (nam et quod successive exstiturum est, vendi potest, ut census): porro emptor periculum in se sumit rei emptae, ergo et in locatione non repugnat conductorem periculum fructuum futurorum subire.

516. Quocirca licet id in pactum deducere, ut conductor, obligans se ad omnes casus fortuitos, quovis eventu teneatur ad integram pensionem; quae tamen in hac hypothesi minor esse debet ea, quae solvitur, cum locus est remissioni.

Hoc autem pacto exsistente, non tenetur locator aliquid remittere. Lessius l. c. Et advertit Lugo n. 37. non nisi hoc pacto admitti solere conductores gabellarum et redituum publicorum, quod et nunc puto esse verum.

517. Quaestio tamen fit, an qui renuntiat casibus fortuitis in genere, censeatur renuntiare etiam insolitis atque iis, quos nec vir prudens exspectaret.

Id quidem pendet ab intentione contrahentium, quae ex formulis in contractu adhibitis colligenda est: verum per se qui tantum dicit periculum se suscipere casuum seu damnorum fortuitorum, non est censendus velle se obligare nisi ad casus solitos, ad eos nempe qui communiter cogitantur, cum contractus initur. Hos enim cogitasse iure praesumitur, ceteros non. Quae est communis sententia DD. ait Molina disp. 495. n. 20.

518. Neque quidquam tenetur locator remittere conductori partiario: est enim hic quidam contractus societatis et si exigui sunt fructus, parum, si nulli, nihil uterque lucrabitur. Lessius n. 14. l. *Si merces* §. 6. Dig. *Locati* etc. id disserte statuit.

519. Ex aequitate tamen et benignitate iuris favor quidam conductoribus inductus est. Causa damni censetur sterilitas agri etc. citra culpam conductoris, superveniens vel ob inclementiam caeli vel ob tempestates

vel ob inundationes vel ob exercitus direptionem vel propter locustas, vermes aliaque animalia nociva vel ob incendium similesve causas.

1° Ergo statutum est, ut, si damnum sit modicum, nihil teneatur locator remittere l. *Si merces* §. 6. Dig. *Locati* etc. « Modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur ». Ubi vides rationem etiam reddi : nam compensatur hoc modicum damnum excessu lucri, qui si contingat, ei adiudicatur.

2° Si damnum sit immodicum et quidem ita ut nulli sint fructus, conductor liberatur a pensione solvenda : l. *Ex conducto* §. 2. Dig. *Locati* etc. « Si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis (amissi), mercedes agri praestare cogatur ». Quocirca si sterilitas non plena quidem, sed magna sit, remittitur pensio pro rata l. *Si merces* §. eod. « Vis maior... non debet conductori damnosa esse, si plusquam tolerabile est, laesi fuerint fructus ». Cf. et l. *Licet* C. eod. tit.

Consentit ius canon. c. 3. *de Locato* etc. « Propter sterilitatem afficientem magno incommodo conductores, vitio rei sine culpa coloni seu casu fortuito contingentem, colonis Ecclesiae tuae, pro rata pensionis remissio est facienda, nisi cum ubertate praecedentis vel subsequentis anni valeat sterilitas compensari ».

520. Sed antequam de ista limitatione dicamus, videndum quaenam dicatur sterilitas magna seu immodica, quando non est totalis. Adhiberi ne potest haec regula, ut sterilitas magna censeatur, quando dimidium fructuum aut etiam tertia eorum pars deficit? « Finis dictarum legum, ait Lugo n. 42., est subvenire colono, ne notabile damnum incurrat propter sterilitatem vel casum fortuitum : potest autem contingere et saepe contingit, quod deficiat tertia imo et dimidia pars solitorum fructuum et tamen colonus damnum notabile non sentiat ; maius enim pretium, quo pauciores illi fructus in sterilitate venduntur, compensat, in totum vel in magnam partem, fructuum defectum ».

Alia ergo regula magis probatur Lugo aliisque, deducta ex iure coloni, ne in pensione laedatur ultra dimidium iusti pretii. Aiunt ergo, remissionem aliquam concedendam colono, quando ob paucitatem fructuum, deducto semine et expensis, si solvatur pensio integra, colonus laeditur ultra dimidium iusti pretii : ut si pensio solvenda sint 100. aurei et fructus adeo sint pauci, ut, deducto semine et expensis, non maneant 50. aurei ; tunc enim et non alias intelligitur damnum notabile conductorem experiri. Ita Lug. n. 43.

Et tunc pro rata, pensio minuenda h. e. oblatis locatori iis aureis, qui restant, reliquum remittendum est. Laymann. l. 3. tr. 4. c. 22. n. 7.

Ceterum, ut idem monet, in iudicio de hac re ferendo praestat for-

tasse attendere communem opinionem vicinorum, an clades fuerit immodica necne et generatim consuetudinis habenda est ratio atque siqua lex exstat, id definiens et decernens quantitatem remissionis, ea servanda est.

Nec erit abs re advertere quod iidem Theologi monent, existimationem copiae vel defectus fructuum non faciendam esse, antequam colligantur: ideo addit Molina, antequam recondantur; quia quandiu in area sunt, nondum censentur omnino collecti Lug. n. 46. Quamvis vero addat Lessius n. 18. idem dicendum, si conditis in horreo fructibus, fulmen vel hostes calamitatem inferant; merito subdit Lugo, se non videre, quo iure is nitatur.

521. Duas exceptiones habet ista regula in favorem coloni statuta.

1° Quando infortunium non est insolitum sed solitum, nulla remissio debetur l. *Ex conducto* §. 2. iam cit. « Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse ». Quod aequum satis est; nam quae contingere solent, videntur conductores velle in se suscipere et propter ea iam fit pensionis diminutio. Quae ratio ostendit duplex esse *solitum* distinguendum. Alterum est, quod Molina disp. cit. n. 12. vocat *in genere*, quod nempe regionem afficit, ita tamen ut hoc anno hanc territorii partem afficiat, alio anno aliam: alterum *proprium*, quod nimirum solet eum agrum afficere, qui conducitur. Hoc secundum aufert privilegium et de eo intelligenda est lex cit. et sane allata in eo valet. Prius vero solitum non tollit privilegium; quia adhuc verum est, sterilitatem in hoc agro, de quo tantum conductor sollicitus esse debet, esse insolitam. Quam distinctionem et doctrinam probat quoque Lugo n. 47.

522. Alia exceptio est, quam iam audivimus a Gregorio IX. in cit. cap. *Propter sterilitatem:* quando sterilitas compensatur ubertate praecedentis vel subsequentis anni. Ita et l. *Ex conducto* §. 4. « Si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem, etiam eius anni, quo remisit, exigendam ». Cf. l. *Licet* C. *de Locato* etc. « si... quae evenerunt sterilitates, ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui, iuxta bonam fidem, haberi recte postulabis ».

Patet ex priore lege civili, quod, etsi locator remiserit, propter sterilitatem alicuius anni, pensionem vel partem pensionis, adveniente deinde ubertate, potest id quod remisit, repetere. Manifestum est, oportere ut sterilitas et ubertas intra terminos eiusdem locationis locum habeant.

Quanta vero debet esse ubertas? Profecto ea debet esse sita in aliquo excessu praeter id quod solet ferre ager; si enim id tantum habetur, quod annuae pensioni respondet, non apparet, quomodo hoc compensare possit

defectum alterius anni; lex sane non loquitur solum de ubertate, sed de ubertate, quae compenset sterilitatem alterius anni.

Si ergo excessu isto, computatis utique semine et expensis aliorum annorum et pensionibus solutis, illud obtineatur, quod si habuisses anno sterilitatis, non fuisses laesus ultra dimidium (cf. n. 520.), videtur ea adesse ubertas, propter quam leges negant beneficium remissionis (a). Consuetudinis tamen, ut iam superius monuimus, ratio in primis habenda: in eam enim contrahentes consentiunt vel praesumuntur consentire *.

CX. 5. Si pluribus annis ob caeli clementiam (secus si ob industriam colentis) uberiores fructus ex fundo elocato proveniant, potest colono pensio augeri. Laym n. 8.

523. * Id affirmari communiter a Iuristis ait Lugo n. 50. propter paritatem rationis: quemadmodum enim locator damnum subit propter sterilitatem, aequum est, ut idem lucrum percipiat ex ubertate notabili.

Nihilominus huic doctrinae satis aperte adversatur textus legis recitatae, quae beneficium remissionis negans conductori, cum damnum eius est modicum, inquit: « Modicum damnum aequo animo ferre debet colonus; *cui immodicum lucrum non aufertur* ». Supponit ergo lex et suo consensu confirmat hunc usum, ut immodicum lucrum, quodcumque sit, ad colonum spectet; non spectaret autem saltem simpliciter, si pro eo pensio augeretur.

Unde colligitur primo non licere heic arguere ex paritate rationis, ubi ipsa lex discrimen inter utrumque statuit, magis conductori, quam locatori favens. Nec verum est parem essse rationem. Nam colono, qui praeterea frequenter est miser homo vel non dives, damnum ingens sterilitas

---

(a) Circa ea, quae in hac resol. dicta sunt, dispositiones Iuris italici hae sunt.

1° Colonus potest explicita conventione se subiicere casibus fortuitis: talis conventio non intelligitur facta nisi pro casibus fortuitis ordinariis, cuiusmodi sunt, grando, fulmen, pruina: non pro casibus extraordinariis, quales sunt bellica vastatio, inundatio, cui regio non soleat esse obnoxia; nisi colonus se subiecerit omnibus causis fortuitis praevisis et non praevisis: art. 1621. Ita ex C. G. 1772. 1737.

2° Si locatio sit ad plures annos et ea durante totalitas aut dimidium fructuum alicuius anni perit fortuito, colonus potest postulare quandam remissionem pretii, nisi compensetur eo, quod praecedentibus annis collegit.

Si compensatio haec absit, remissio pretii in exitu locationis determinatur, comparatis fructibus omnium annorum locationis: art. 1617. Ita ex C. G. art. 1769.

Si locatio sit ad annum unum et periit totalitas aut saltem dimidium fructuum, fit pro rata remissio pretii conductori; qui nequit aliquam remissionem exigere si iactura minor est dimidio: art. 1618. Ex C. G. 1770.

Colonus nequit consequi remissionem, si iactura fructuum contigit, postquam hi a solo separati fuerant, nisi contractus concedat locatori partem quandam fructuum, qua in hypothesi locator subibit iacturam suae partis: dummodo conductoris culpa aut mora non intercesserit in tradenda locatori eius portione: art. 1619. Ex C. G. 1771.

Si causa damni exsistebat et nota erat cum contractus initus est, colonus nullam remissionem postulare potest: art. 1619. Ex C. G. 1771.

affert, si nihilominus debeat pensionem solvere; at locator nullum subit damnum, si conductor plus lucretur, quando locatori solvit quod ex contractu debet. Ibi scilicet est *damnum emergens,* heic esset tantum *lucrum quoddam cessans;* porro hoc malum minus aestimatur quam illud. Patet proinde cur leges favere potius voluerint colono quam locatori, cum praesertim ille sit, frequenter saltem, minus habens in bonis, hic e contrario dives.

524. Ratio ergo non satis evincit hanc doctrinam A.: verba legis potius adversantur. Restat ergo ut consuetudinis vel particularium legum pro singulis locis ratio habeatur.

Pro sua aetate aiebat Lugo, usum communem et praxim adversari huic agendi rationi, ut propter abundantiam vel maius lucrum coloni augeretur locationis pensio, quae iusta ab initio contractus decreta fuerat et plures DD. citat idem confirmantes n. 52. E contrario Laymann l. c. n. 6. hunc usum affirmat: vigebat scilicet in Germania et secundum eum A. quoque locutus est. Quid moderna consuetudo habeat, videat quisque in sua regione. Utrumque ius Gallicum et Italicum hoc ius locatoris ignorant, nempe negant. *

CXI. 6. Expensas facere in rem conductam, quae duraturae sunt, v. g. conservare sarta tecta, tributa et onera publica praestare, ad locatorem seu dominum spectat: nisi aliter conventum sit, aut consuetudo ferat. Laim. l. c. n. 4.

525. * De hac re iam dictum est n. 510.

CXII. 7. Si conductor in rem conductam necessarias sive utiles expensas fecerit, potest eas de pensione detrahere vel repetere a locatore et dum non solvuntur, retinere rem conductam. Laym. l. c. Mol. d. 496.

526. * Monent omnes, heic in primis consuetudinis esse habendam rationem, quod et ius Gallicum art. 1754. et 1777. ac Ital. art. 1604. et 1625. monent. Consuetudine seposita, haec statui possunt.

Si expensae sint, quas locator facere debebat, doctrina A. evidens est. Si expensae sint, quas conductor facere debet earumque utilitas duret tantum tempore conductionis, profecto nihil ei locator debet.

Etsi earum utilitas perduret, si reapse sint ex iis, quas conductor facere debet, cuiusmodi sunt reparationes leves rei usu attritae, nihil pro iis conductor exigere potest; nam vi contractus ad eas se obligavit et dominus servandus est indemnis.

Si expensae sint, quas nec locator nec conductor facere tenetur et conferant ad utilitatem non temporaneam tantum, quandiu locatio durat, sed ulteriorem: conductor, qui eas fecit, potest illas sibi compensare in pensione solvenda vel illas repetere, dum discedit. Constat id ex certis legibus. L. 55. §. 1. Dig. *Locati* etc. « In conducto fundo, si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel insti-

tuerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest ».

Et l. 65. ibid. de colono, qui, etsi locationis lege non fuisset comprehensum, vineas instituerat et propter eas auctum erat agri pretium, cum eiectus esset a domino, qui et pensionum debitarum nomine eum conveniebat, quaesitum est an, opposita doli mali exceptione reputare posset sumptus utiliter factos in vineis instituendis et responsum est: « vel expensas consecuturum vel nihil amplius praestaturum ». Cf. et l. 1. C. *Mandati*.

Verum DD. limites quosdam huic legi ponunt. Nam censent eam valere quando expensae vel factae sunt de voluntate saltem tacita locatoris, vel non sunt ei admodum graves. Alioquin, ait Lugo n. 68., non video, cur locator eos sumptus invitus facere cogendus sit: quod praesertim valet, si sint tantum voluptuariae expensae.

Si tamen emolumentum, quo res aucta est, potest conductor separare, licet utique illud auferre, compensato damno, si quod gignatur per separationem. Cf. et Molina disp. 496. n. 3.

527. Addere heic libet quaestiones alias, quas veteres agebant quaeque nostris quoque temporibus usui esse queunt.

Licetne vendere rem hoc pacto, ut quandiu pretium non solvitur, maneat ipsa locata apud emptorem, qui idcirco pensionem solvat? Nulla, iuxta ius romanum (cf. l. *Sicut emptio* §. 2. Dig. *Locati* etc.), est difficultas; quia ante solutum pretium, res est adhuc in dominio venditoris, qui proinde rem suam locare potest; dum autem pretium solutum erit, transeunte re in dominium emptoris, desinet locatio. Lug. n. 73.

Ac si statim ac emptio perfecta est, res est in dominio emptoris, ut statuit ius Gallicum et Italicum (n. 382. not.): locationi huiusmodi nequit esse locus. Licebit tamen quid simile facere, nimirum re tradita emptori, cogere eum ut, donec pretium tradiderit, fructus eius annuos, veluti ex praestita pecunia, solvat.

528. Quid de contractu, quo quis gregem vel armentum locat ad usum fructum, hoc pacto, ut conductor debeat integrum numerum conservare, subrogatis aliis loco morientium? Ut bene advertit Lugo n. 74., nullum heic est mutuum, quod quidam suspicabantur; cum dominium rei maneat apud locatorem. Cum autem grex vel armentum locatur et exigitur, ut integrum servetur et suo tempore restituatur: adiicitur contractus assecurationis capitalis, ut ait Molina disp. 503. n. 2., qui contractus licet. Dummodo ergo, deductis expensis, quas pro hoc onere subire debet conductor, fructus reliqui vel eorum spes aequivaleat pensioni, quam solvit, iustus erit contractus, qui in utriusque utilitatem cedit. Atque hac ipsa manente conditione, perinde erit, si pro pensione assignetur pars certa fructuum.

529. Quid vero si non locatur grex, sed unus vel duo equi cum hoc onere, ut restituantur, puta post quadriennium, aeque iuvenes et sani? Videri posset venditio simulata; nam conductor cogitur in fine locationis alios equos dare, retentis prioribus in suo dominio: quos proinde emisse dicetur.

Verum 1. haec potest esse vera locatio; nam dominium equorum manere potest apud locatorem, pro quibus proinde pensio solvatur: licet autem pensionem vel partem pensionis in eo constituere ut, transacto tempore, animalia permutentur cum aliis iunioribus et sanioribus, dummodo paritas sit inter hanc pensionem (quae non est in pecunia, sed in re) et fructus, quos conductor obtinuit. Quod et Lugo probat, etiamsi cogeretur conductor singulis annis nova substituere animalia aequalia primis; quia animalia singulis annis subrogata statim transirent in dominium locatoris et sic pergeret locatio.

Si autem 2° venditio dicatur, nulla est iniustitia, dummodo id, quod sero rependitur et quod interea loco pensionis forte solutum est, aequivaleat prioribus animalibus traditis et fructui exinde percepto.

530. Tandem fac pharmacopolam locare alteri omnia officinae suae vasa et medicamenta, pretio aestimata (aestimatio eo spectat, ut certe et legitime constet valor rei datae atque restituendae, et ita, si res nequeat restitui, eius verus valor restituatur) ad decennium, cum pacto ut singulis annis solvat 10. pro singulis centenariis aestimatis et elapso decennio reddat vasa et medicamenta eodem pretio aestimanda. An hic contractus licet?

Discrimen inter hunc contractum et paulo ante propositam locationem gregis in eo monet esse Lugo n. 85., quod animalia, utpote res fructiferae, locari possint; medicamenta, utpote usu consumptibilia, locari nequeant: quapropter quoad haec non possit esse locatio. Verum quia non locantur conductori medicamenta, ut eis ipse utatur, sed ut aliis vendat ac lucretur, intelligi potest locari reapse valor eorum, qui est aliquid permanens apud conductorem et nunc certe apud negotiatores ut talis habetur.

Ipsa pensio 10. pro 100. exorbitans videtur; sed forte non est lucro illi improportionata, quod locatori cessat; solent enim pharmacopolae, singulari pretio suis mercibus imposito, ingentia lucra facere.

Ceterum concedit ipse Lugo quod possit esse iustus iste contractus, si pro usu officinae et aliarum rerum permanentium iuste possit exigi tota illa pensio et onus reddendi ea aeque integra et bona. *

CXIII. 8. Etsi incendium plerumque accidat culpa inhabitantium et sic in dubio contra illos praesumptio sit; quia tamen saepe id fit culpa famulorum, quam paterfamilias praestare non cogitur: hinc conductor absolvendus est, nisi locator ostendat

culpam. Vid. Laym. sup. n. 6. et Dian. p. 7. t. 7. r. 31. ubi ex Hann. et Berl. docet, si constet accidisse culpa certi et determinati alicuius de familia, isque circa officium suum deliquerit, ver. gr. stabularii, qui lumen male custodierit in stabulo, teneri patremfamilias (nisi famulus iste pro fideli ac diligenti fuerit habitus) de damno: secus si culpa alterius, vel si non constet, utrum casu an culpa cuiusquam acciderit.

531. * Regula generalis est, si ignoratur, culpane vel dolo conductoris seu custodis, an casu res perierit, conductorem vel custodem obligari ad utrumque probandum, nempe et quod res perierit et quod perierit absque sua culpa aut dolo: nisi tamen graves coniecturae sint pro eius innocentia, vel res sit huiusmodi, ut soleat interire citra culpam custodis: tunc enim fides adhibebitur iuramento conductoris vel custodis. Cf. Molina disp. 494. n. 13. Laymann l. c. n. 5.

Attamen si domus locata incendio absumitur, praesumiturne culpa conductoris id factum? Respondetur, ait Laymann ibid. n. 6., ex communi DD. sententia, conductorem absolvendum esse, nisi locator culpam conductoris ostendat (quae demonstratio difficilis erit). Ratio est; quia, tametsi incendium inhabitantium plerumque culpa accidat, ut proinde in dubio contra illos praesumptio exsistat l. 3. §. 1. Dig. *de officio Praefecti Vigilum;* non tamen semper patrisfamilias, sed saepenumero famulorum culpa contingit, quam paterfamilias praestare non cogitur, sicut constat ex l. *Si vendita* Dig. *de Periculo et commodo rei venditae.* « Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit ».

Refert tamen A. sententiam Diana excipientis, si incendium contigerit culpa alicuius de familia, qui deliquerit in exercitio suo officii, quod ei nempe paterfamilias demandaverat; sic enim hic periculum rei in se suscipere videtur et huius negligentiae deputatur quod tali homini officium commiserit. Unde rursus nova exceptio prodit: si nimirum famulus ille pro fideli et diligenti communiter fuerit habitus; tunc enim non poterit negligentiae domini imputari, quod ipsum ad illud officium destinaverit.

Moderna iura aliter, statuunt, ut habes in nota (a). Utique si culpa

(a) C. Gallicus art. 1733. 1734. et C. Italicus art. 1589. 1590. sub regulis communibus locationis domus aut fundi rustici, statuunt quod Conductor de incendio tenetur, nisi demonstret incendium contigisse casu fortuito aut vi maiore aut ex vitio constructionis aut non obstante diligentia solita adhiberi a quolibet diligenti patrefamilias (C. G. hoc postremum omittit) aut ignem communicatum fuisse ex domo vicina. Si plures sunt inquilini, omnes pariter tenentur una cum locatore, si ipse quoque inhabitat et quilibet pro rata valoris partis a se occupatae (C. G. de locatore non loquitur): nisi demonstrent in habitatione alicuius ex ipsis incepisse incendium; qua in hypothesi, hic solus obligatur: vel nisi quis demonstret a loco suo non potuisse incendium incipere; quo in casu is liberatur. Et generatim conductor prae-

theologica conductoris absit, in conscientia ad nihil tenetur; sed obligatur in conscientia abstinere a culpa lata et levi *.

CXIV. 9. Si conductor domus ver. gr. ante tempus velit emigrare, id quidem licet potestque alteri locare: caeteroqui autem de pensione nihil ei remittitur.

532.* L. *Dominus horreorum* §. 2. Dig. *Locati* etc. « Qui contra legem conductionis fundum ante tempus, sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id, quod eius interest, indemnitas servetur* ».

CXV. 10. Locator non potest ante tempus praefinitum conductorem invitum privare re conducta, nisi in his casibus. 1. Si pensionem non solvat: exspectare tamen debet biennium, si ultra biennium res sit conducta. 2. Si casus improvisus accidat, ob quem domus v. g. ipsi domino sit necessaria. 3. Si rem locatam reficere necesse sit nec possit fieri altero inhabitante. 4. Si conductor in re conducta male versetur, v. g. destruat vel abutatur, ut alendo ibi meretrices. Laym. n. 9.

533.* L. 3. C. *de locato* etc. « Aede, quam te conductam habere dicis, *si pensionem domino in solidum solvisti* (adde: *vel paratus sis solvere;* offerens enim danti proximus est Nov. 91. c. 2.), invitum te expelli non oportet; nisi *propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versata es* ».

Item ex iure canonico c. *Propter* §. *verum, de Locato* etc. ». Verum invito inquilino domum inhabitare vel reficere poteris, si necessitas (quae tamen non imminebat locationis tempore) id exposcat, remissa sibi pro residuo temporis pensione, qui etiam inde rationabiliter amovetur, si perverse ibi fuerit conversatus, vel cum canonem per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit.

Exempla horum quatuor casuum lege apud Molina disp. 499.

Quod de biennio statuit Gregorius IX. desumptum videtur ex l. *Quaero* §. 1. et l. *Cum Domini* Dig. *Locati* etc. Id utique intelligendum est, si locatio fuerit in longius tempus, puta triennium saltem aut quinquennium, ut DD. advertunt.

Ex naturae lege haec conditio non requiritur. Et censet Molina disp. 499. n. 3. ex iure romano quoque non exigi, ut biennium exspectetur; quia lex Codicis, quae post alias data fuit, huius lapsus biennii non meminit et quia in l. *Quaero* non effertur generalis regula, sed ad specialem casum responsio datur: in alia vero *Cum domini,* non de qualibet conductione sermo est, sed de peculiari. Porro lex canonica citata, collata

---

stare debet detrimenta et damna, quae accidunt tempore suae conductionis, nisi probet accidisse absque sua culpa C. It. art. 1588. eademque praestare debet, quorum causa fuerit aliquis ex sua familia aut ex suis subconductoribus. C. It. ibid. §. 2. C. Gall. art. 1735.

praeced. paragrapho *Propter*, in materia locationis rei ecclesiasticae loqui videtur.

Itaque satis esse videtur in foro civili, si conductor contumax sit in non solvenda pensione. Sed unusquisque suae regionis consulat iura (a). *

CXVI. 11. Successor universalis, sive heres non potest ante completum tempus conductorem expellere: partialis autem successor, ut emptor, donatarius, legatarius etc. non tenetur stare contractui locationis, uti neque conductor; nisi tamen aliter pactum sit, v. gr. ne res locata durante tempore locationis alienetur. Vid. Less. l. 2. c. 24. et Laym. l. 3. t. 4. c. 22.

534. * Haec est dispositio romani iuris. Successor generalis, qualis est heres, debet stare contractui locationis a suo antecessore concessae; quia successor universalis repraesentat eius personam et est obligatus omnibus iis, quibus ille erat obligatus: successor vero particularis non succedit in debitis aut iuribus personalibus. Atqui emptor (ita et donatarius et legatarius) est successor particularis et actio tota ex contractu locationis fluens est personalis, quo obligatur scilicet locator conductori et hic illi: ergo. Ita l. 9. C. *de Locato* etc. « Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur, aliquo pacto consensisse (emptor) ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio, quod placuit, parere cogetur ». Itaque si emptor eo pacto emit, ut conductorem permitteret conductione sua uti, nequit eum expellere.

Quamvis autem emptor non teneatur stare contractui locationis, conductor tamen, si expellatur, potest agere ad interesse contra locatorem et eius heredes. Ita l. *Si merces* §. 1. Dig. *Locati* etc. « Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque, eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo (locatore) ex conducto ». Cf. ibid. l. *Qui fundum* eod. tit.

Vide apud Lugo n. 17. aliam exceptionem, cum res, ob securitatem

---

(a) In iure Gall. art. 1761. et Ital. 1612. locator nequit solvere contractum, etsi declaret velle se domum habitare, nisi contraria conventio fuerit inita.

Item in iur. Gall. 1724. G. 3. et Ital. 1580. §. 3. si restaurationes rei locatae huiusmodi sint, ut prohibeant habitationem illius partis, quae necessaria est conductori eiusque familiae, locus est, iuxta circumstantias, rescissioni contractus.

Item in iure G. 1729, et I, 1584. si conductor utitur re locata in usum alium ab eo, ad quem est destinata aut ita utitur, ut possit damnum inde locator subire, hic, iuxta circumstantias, potest petere rescissionem contractus.

Tandem iure Gall. art. 1741. contractus locationis solvitur, cum alteruter contrahentium obligationibus suis non facit satis (h. e. resolvi contractus potest, ut loquitur C. Ital.). In iure Ital. si alterutra pars principalibus suis obligationibus non satisfacit (quarum una haec est, ut tempore statuto solvat pretium), potest ab altera parte peti rescissio contractus, qui ipso iure non solvitur, art. 1595. §. 2. coll. art. 1165.

contractus, est conductori hypothecata. Verum leges singulorum locorum nunc sunt spectandae (a).

535. Quaerunt theologi an locare liceat id, quo conductor noscitur abusurus ad peccatum, non scilicet in quo tantum sit peccaturus, puta domum, sed quo ad peccandum usurus, ut si domum loces meretricibus aut latronibus, qui exinde opportunitatem nanciscuntur nocendi aliis.

Lessius c. 24. n. 39. distinguit. Si loces in eum finem ut malum fiat, nulla dubitatio quod id non liceat. Seposito hoc pravo fine, si possis et tenearis impedire illud malum, tunc peccas locando, si conscius sis mali futuri: secus vero, si malum sit quod non possis aut non tenearis impedire. Hinc si negato usu domus tuae, non est meretricibus amplius futurus locus in civitate, certe in potestate tua est hoc malum impedire et ad id teneris ex caritate.

Si vero, etiamsi neges domum tuam, meretrices tamen alias domos facile invenient, tu malum impedire non potes et insuper, si publica auctoritas iuste hoc malum tolerat, non est malum quod tu, privatus homo, tenearis impedire. Tunc locare iis domum licebit; quia ea locatio per se

---

(a) C. G. art. 1743. statuit, quod si locator rem locatam vendit, emptor nequit expellere conductorem, cuius contractus actu authentico firmatus est aut cuius data est certa; nisi locator hoc ius sibi reservaverit (solvendi nempe locationem si rem vendiderit) in actu locationis.

Et art. 1744. Si convenit in actu locationis, quod emptor posset extrudere conductorem et nulla intercesserit stipulatio quoad damna et interesse, locator tenetur servare indemnem conductorem certa quadam ratione quae tribus seqq. articulis describitur.

1748. Emptor usurus facultate sibi a locatore reservata, expellendi conductorem, debet eum monere tempore opportuno, iuxta consuetudinem loci in huiusmodi dimissionibus.

1749. Non potest tamen expelli conductor, antequam indemnitates receperit (art. 1744. seqq.) a locatore vel, eo deficiente, ab emptore.

1750. Si tamen locationis contractus factus non fuerit actu authentico aut si careat certa data, emptor ad nihil tenetur erga conductorem.

Paulo aliter ius Italicum. Art. 1597. recipit art. Gallicum 1743. Addit art. seq. 1598. quod quamvis conductor careat actu publico aut scriptura habente certam datam, si tamen eius possessio praevertit venditionem, emptor debet permittere ut conductor in conductione perseveret eo spatio temporis, pro quo intelliguntur fieri locationes, quae contrahuntur sine temporis determinatione.

At art. 1599. edicitur, quod, si in contrahenda locatione conventum fuerit, ut, in hypothesi venditionis, emptor possit expellere conductorem, hic ad nullam indemnitatem ius habeat, sive erga locatorem sive erga emptorem, nisi aliter pactum fuerit.

Art. 1600. admittitur art. Gall. 1748.

Art. 1601. Si eo quod deficit actus authenticus locationis aut scriptura habens certam datam, conductor ab emptore dimittitur, conductor ius habet erga locatorem ad damnorum reparationem.

Uterque codex statuit G. 1751. I. 1602. quod emptor cum pacto redemptionis in favorem venditoris, nequit uti facultate expellendi conductorem, nisi postquam irrevocabiliter proprietatem rei acquisiverit. Cf. supr. notam ad n. 404.

est actio indifferens. Oportet tamen, ut absit scandalum, quod profecto foret, si e. gr. ecclesiasticus esset, qui locaret.

536. Quaeres tandem, quid dicendum de suscepta ex condicto intermissione operarum (scioperi, grèves), qua operarii conductores suos seu officinarum magistros fatigant, ut vel augmentum mercedis vel laboris contractionem consequantur? Re speculative spectata, per se est quid indifferens, potest scilicet vel bonum esse vel malum, ratione habita intentionis et adiunctorum. Quoniam et domini, lucro suo tantummodo studentes rei esse possunt imo non raro solent iniustitiae erga operarios, damnari hi nequeunt, si abstinentes a labore, adducere illos curant ad iusti pretii solutionem. Si ergo merces minor sit quam iustitia exigit, non immerito operarii laborem detrectant, donec aequalitas fiat. Si e contrario immodica cupido lucri operarios movet, ut plus postulent, quam conductores, spectatis labore et pretio operis, debeant, peccant iniustitiae peccato operarii, cum operas iam ex conventione debitas intermittunt. Si certum non sit, mercedem esse iniustam, si ipsa saltem infimum pretium attingat, non licet operariis post conventionem libere initam, in medio operis, a labore cessare, cum damno conductoris. In praxi, supposita etiam iusta postulatione operariorum, videndum erit, an haec ratio agendi sit medium idoneum ad finem intentum consequendum: an maiora necne sint damna operariis eorumque familiis obventura, quam lucrum quod sperant.

Generatim aetate nostra cessatio a labore ex condicto a pluribus operariis una decreta debetur studio perturbandi civilis consortii, quo aguntur sectarii omnis ordinis socialis inimici, quibus operarii imprudentes operam suam locant; quod si hi prudentes faciant, scientes nempe quo cessatio spectet, peccant cooperantes gravissimo peccato perturbatae publicae tranquillitatis.

Dub. XII.

De Emphyteusi, Feudo et Libello.

CXVII. Resp. 1. Emphyteusis est contractus similis locationi, in quo res immobilis, quae cultura possit effici melior, conceditur alteri; vel in perpetuum vel non brevius saltem, quam ad decennium; ita ut dominium eius directum et possessio civilis maneat apud dominum, qui tradit in Emphyteusim; dominium autem utile transferatur in Emphyteutam, cum hoc onere, ut quotannis certum canonem, ut vocant, seu pensionem domino solvat, quam si totam solvere negligat duobus annis continuis in Emphyteusi Ecclesiastica (cum scilicet res est Ecclesiae vel pii loci) vel in seculari tribus annis, incidit ipso iure in poenam commissi, ut dominus eum expellere possit, etsi de solutione interpellatus non fuerit. Licet enim Bart. et alii quidam apud Dian. p. 8. t. 7. r. 36. dicant, si per 30. vel 40. annos non solverit, eum praescribere immunitatem in futurum, id tamen Wesemb. et alii 5. negant. V. l. c. Porro, quid iuris sit in hoc

contractu, pendet ex consuetudine locorum, quae varia est, et ex ipsa conventione contrahentium, quae scripto instrumento concipi debet, ut valeat. Vide Layn. l. 3. t. 4. c. 23. Less. l. 2. c. 24. d. 8.

537. * Contractus hic non distinguebatur olim, quoad plura saltem, a longa locatione, quae erat nempe ultra decennium. In decretalibus c. 4. *de Locato*, sermo de ipso occurrit: discrimina, ex iure veteri, inter conductorem ordinarium atque emphyteutam, speciatim quoad utile dominium, vide apud Molina disp. 445., Lessium c. 24. dub. 8. et 9. aliosque.

In iure italico emphyteusis admittitur et est contractus, quo conceditur in perpetuum aut ad tempus fundus quidam, cum obligatione meliorationis et solutionis annuae determinatae pensionis sive in pecunia sive in fructibus. C. C. art. 1556.

Leges eius sunt. 1° Emphyteuta potestatem habet disponendi de fundo emphyteutico eiusque accessionibus, tum actu inter vivos tum ultima voluntate et quocumque modo transmittatur fundus, nulla praestatio ei debetur, qui illum concessit. 2° Subemphyteusis non admittitur. 3° Concessor fundi undevigesimo quoque anno postulare potest recognitionem sui iuris a possessore fundi, quin tamen ulla praestatio ei debeatur. 4° Licet semper emphyteutae fundum redimere, per solutionem capitalis respondentis annuo canoni. Artt. 1562-1564. Dummodo hae leges serventur, in ceteris contractus hic regitur conventione partium contrahentium art. 1557. Quae conventio si desit, lex supplet, quasdam regulas statuens: quarum has meminisse sufficiat. Emphyteuta suos facit omnes fructus fundi et eius accessionum eademque iura habet, quae proprietarius haberet, in thesauros et fodinas, quae in fundo detegantur art. 1561. Tributa praedio imposita et quaelibet onera eidem inhaerentia, spectant ad emphyteutam art. 1558. Quaecumque sit sterilitas aut amissio fructuum, nequit emphyteuta postulare remissionem aut diminutionem canonis, art. 1559.

Tenetur ergo emphyteuta fundum meliorem facere, quod si non praestat, multo magis si deteriorem facit, quemadmodum si duobus continuis annis, post legitimam interpellationem non solverit canonem, concessor potest repetere fundum, nisi tamen emphyteuta velit illum redimere, art. 1565.

CXVIII. Resp. 2. Feudum est contractus similis emphyteusi, quo res immobilis alicui conceditur, cum translatione dominii utilis, proprietate retenta, sub onere non quidem aliquid solvendi, sed exhibendi fidelitatem et obsequium personale directo domino. Quod si item non facit Vassallus (sic enim dicitur feudi acceptor) perdit feudum. Interdum etiam in feudo aliquid persolvi debet in recognitionem dominii directi, sed tunc ex ea parte deficit a puro feudo et declinat ad emphyteusim. Porro, quid iuris sit circa feuda, pendet item a locorum consuetudine: quae iuris communis sunt, v. l. c.

CXIX. Resp. 3. Contractus libellaticus, sive datio ad libellum dicitur, cum em-

phyteuta, vel feudatarius rem illam, quam in feudum vel emphyteusim accipit, simili contractu tradit tertio (ad quod tamen, si in decennium fiat, requiritur domini consensus) ita ut sit quasi subfeudum et subemphyteusis. Ita Less.

538. Non opus est alia addere. Cf. Auctores citatos.*

Dub. XIII.

De Contractu Societatis.

CXX. Respond. Is est, cum aliqui inter se conveniunt et contributis aliquibus rebus ad lucrandum idoneis sive fructiferis, ut pecunia, animalibus, industria, labore etc. commune aliquod lucrum faciunt, quod, uti et damnum, pro ratione et rata cuiusque, dividunt inter se. V. Less. Laym. c. 20. Bonac. q. 6. p. 1.

539. * Contractus societatis definitur a Lugo disp. 30. n. 1. *Conventio plurium contribuendi ad commune lucrum vel usum.* Contractus est consensualis, cuius obiectum est ipsa contributio ad commune lucrum etc.: contribuunt autem plures ad commune lucrum vel usum, quatenus aliquid singuli conferunt, vel rem vel operam. Additur, ait idem n. 4., *ad communem usum ;* quia potest fieri societas ad solum usum communem, ut si singuli contribuant libros suos suamve supellectilem, ut cunctorum usui inserviant et in societate omnium bonorum est etiam contributio ad communem usum et expensas ex bonis communibus. Ita et Molina disp. 411. n. 7. Ita et Lessius l. 2. c. 25. n. 1. definiens hoc pacto: *Conventio duorum pluriumve ad conferendum aliquid in usum vel quaestum communem contracta.*

Alii mentionem faciunt solius lucri: sed utrumque facile intelligitur. Cf. Laymann l. 3. tr. 4. c. 20. 1. et C. C. Ital. art. 1697.

540. Porro dupliciter potest aliquid in commune conferri: 1° ut rei collatae non solum usus, sed dominium commune sit, ut singuli scilicet efficiantur domini totius sortis partialiter seu partiali dominio: 2° ut rei dominio penes collatorem manente, usus aut lucrum sit commune.

De priori sermo est in l. 1. §. 1. et l. 2. Dig. *Pro socio:* « In societate omnium bonorum, omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur ». « Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire », qua nempe dominium transfertur. Cf. Lessium l. c. n. 2. De altera sermo est l. 7. aliisque eod. tit.

Contractus societatis diversus esse potest tum *ratione finis,* quatenus finis proximus est vel solus usus, vel solum lucrum vel utrumque: tum, *ratione materiae,* quatenus vel omnia bona conferuntur, vel solus usus et lucra, vel certorum bonorum aut negotiationis certae lucra: tum *ratione temporis,* quatenus societas initur vel ad vitam, vel ad determinatum tempus, vel ad exitum alicuius negotii. *

541. Duplex tamen potissimum distinguitur societas, nimirum *universalis, particularis*. *Universalis* complecti potest vel 1. omnia bona praesentia mobilia et immobilia et futura, quae tempore societatis acquirentur etiam via donationis et successionis; quae omnia, dissoluta societate, dividenda sunt inter socios per partes aequales l. 3. §. 1. Dig. *Pro socio*. Vel 2. complecti potest solum lucra seu quaestus, qui ex emptione venditione, locatione conductione, sive ex contractibus onerosis descendit. l. 7. eod. tit.

Sed in his consulendae sunt leges singularum regionum, quae variare solent: idcirco et nos de his non amplius loquemur, secuti Auctorem, qui ea praeterit.

Particularis complectitur res determinatas et particulares aut determinata negotia et particularia; ut si duo simul emant fundum, ut in commune fruantur, vel aliquod opus perficiendum suscipiant, aut commercium communiter exerceant.

Multipliciter haec fieri potest: 1. si omnes socii capitale conferant et operam: 2. si omnes solum capitale, tertius vero per stipendium conductus industriam adhibeat: 3. si alter capitale conferat, alter operam.

Etsi per se fieri possit, ut in hac quoque particulari societate capitale sit commune et id queat conventione statui, nulla tamen lex id praecipit et mos est ita contrahere, ut dominium capitalis collati apud socium maneat, qui contulit.

542. * Finitur societas pluribus ex causis. 1. desinit completo tempore statuto aut completa negotiatione: 2. mutuo sociorum consensu: 3. morte alicuius socii, nec transit ad heredem; quia intelligitur electa persona: non tamen desinit societas circa negotia coepta, aut circa vectigalia aliasve res publicas conductas: 3. morte quoque civili socii: 4. si socius egestate vel infirmitate laborans aut in carcerem coniectus nequeat praestare quod debet: 5. si res, circa quam versatur, pereat. Ita ex iure Romano, cui fere consensit et ius Italicum cf. C. C. art. 1729. coll. art. 1733. 1734. et ius Gall. cf. C. C. art. 1865. coll. art. 1869. 1870.

543. Propter communitatem rerum vel lucri ex pluribus rebus collatis procedentis, distinguitur hic contractus a locatione. A ceteris contractibus eius distinctio evidens est.

544. Regula universalis, ex iure naturae, huius contractus est, ut aequalitas servetur in eo sita, quod proportio sit geometrica (comparatis nempe partibus, quas singuli conferunt) inter id quod apponit socius ex suo vel in capitali vel in opera vel in periculo, et lucrum, quod participat. Quod si aliter conventione statuatur, id quidem licet; quia quilibet de re sua disponere potest prout ei lubet: sed ex hac parte, quatenus quis remittit aliquid sibi debitum, miscebitur contractui oneroso societatis gratuita aliqua donatio.

Ut autem lucrum rite computetur, deducenda sunt damna et expensae; quemadmodum et ad damnum computandum, deducenda sunt lucra. Utrorumque scilicet comparatio instituenda est. Utilitas sane et lucrum non spectatur, nisi deductis impendiis. Ita l. 33. Dig. *Pro socio.* « Neque lucrum intelligitur nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto ». Quae lex iuri naturae conformis est.

Ius quoque civile legibus quibusdam hunc contractum regit, quas leges nosse oportebit. Sed praeterea integrum est sociis sibi mutuo leges seu conditiones contractus statuere, dummodo iis ius naturae aut ius positivum non obsistat.

De diversis societatibus, quae inter negotiatores vel operum conductores institui solent, dicemus aliquid agentes de Clericis; ubi inquiremus, an eae ipsis liceant.

545. Quae A. habet in resull. satis sunt ad declarandum quae sit iusta ratio huius contractus ineundi. *

A. quatuor tangit, 1° mensuram percipiendi lucri: 2° periculum sortis: 3° trinum contractum: 4° societatis contractum in pecoribus et similibus. Ad singula subiiciemus breves animadversiones.

Unde spectando id, quod ratio et iustitiae natura hîc requirit, resolvuntur hi Casus.

CXXI. 1. Plus lucrari debet, qui confert pecuniam et operam suam, quam qui vel pecuniam, vel operam solam.

546. Id iustitia exigit: neque enim servaretur aequalitas, si lucrum non responderet parti, quam quisque contribuit.

Verum A. et cum eo haud pauci obliviscuntur quoddam elementum, ex quo mensura sumitur partis cuique tribuendae. Nam praeter pecuniam collatam et operam adhibitam, aliud est, ex omnium consensu, pretio aestimabile, periculum nempe, quod quispiam hac in re subit. Si v. gr. fingas binos convenire, ut alter pecuniam (10000. aureos), alter industriam ponat et singulis annis lucrum aequali ex parte dividant; merito violata aequalitas dicetur; quia aut par periculum utriusque esse debet, aut certe periculum, quod alter solus subit, compensatione dignum est. Atqui in hypothesi non par esset periculum; nam si e. gr. omnia pereant, alter amittit quidem sortem integram et lucrum, alter vero solum lucrum et industriam. Ergo in dividendo lucro ratio habenda est etiam periculi.

Heic non pauci quaestiones instituunt, quomodo dividendum sit lucrum, praesertim si alter pecuniam, alter operam conferat. Sed sincere dicendum, prorsus inanem esse laborem in his quaestionibus solvendis, ut sciri possit lucri pars assignanda. Nam prope innumerae accedere possunt ra-

tiones pro varia societatis materia aut scopo, ob quas diversissima sit mensura utilitatis, quae vel ex pecunia vel ex industria repeti debeat. Igitur unica produci potest universalis regula; ut ex communi aestimatione et prudentum arbitrio pro variis adiunctis res decernatur.

CXXII. 2. Capitale seu sors, quam quivis contribuit, si pereat casu vel culpa sociorum levissima, contribuenti perit. Ubi discrimen est inter hunc contractum et mutuum: quia in mutuo sors data alienatur et dominium eius transfertur in mutuatarium, cuius proinde solius periculum ac damnum est, si casu pereat; in societate autem, qui sortem confert, eam non omnino alienat a se et sicuti commodum ac lucrum ad eum spectat, sic etiam periculum et damnum. Bon. l. c.

547. Advertatur, quod si periculum subit solus ille, qui pecuniam confert, hoc periculum, in dividendo lucro, compensandum est, ut iam monuimus. Ubi notandum, eo maius creari periculum, quo certius novit ille, qui confert operam, se periculum sortis non praestare atque adeo, cupiditate lucri, fit audacior, non satis cavens maiora discrimina. Vid. Bolgeni *delle Usure* nn. 79. 80.

CXXIII. 3. Potest tamen etiam fieri in hoc contractu, ut quis iuste servet sortem suam indemnem et insuper certum lucrum percipiat, si nimirum ad contractum societatis adiungantur duo alii, assecurationis et venditionis, cuius tale exemplum ponit Laym. In societatem cum mercatore et contribuis ei 1000. florenos ver. gr.: spes est, quod is quotannis lucraturus sit 300. cuius lucri dimidium ver. grat. iure societatis tibi debetur una cum sorte; sed quia ad te quoque pertinere deberet eiusdem sortis periculum, ut ipse id periculum in se suscipiat et tibi sortem assecuret, in huius oneris compensationem, relinquis ei maiorem partem lucri sperati, ut scilicet duae partes lucri ad ipsum et tertia ad te pertineat. Et rursus, quia spes lucri huius incerta est, ideo adhuc partem hanc lucri sperati, nempe 100. florenos in spe, vendis etiam eidem 50. vel 60. v. g. annuis certis et in re et sic tandem id lucrum facis et sortem servas indemnem. V. Laym. et Bon. ll. cc.

548. Quoad contractum trinum, cum nempe contractui societatis duplex alius accedit contractus assecurationis capitalis et lucri, diu acriterque disputatum est. Nobis heic satis sit advertere haec. 1° Argumentum, quo eius ostenditur iustitia, pluribus et doctissimis Theologis probatur et per se clarum est. Nam contractus assecurationis licitus est et licite additur alteri contractui et dum par est periculum et spes, nulli iniustitiae locus est. Id porro in nostro casu contingit. Et sane si licet cum duplicem contractum assecurationis inire cum tertio, qui tibi assecuret sortem et lucrum, oportet ut liceat quoque eundem contractum inire cum socio; nam propter solam materialem differentiam personarum natura contractus non mutatur.

2° Ratio adversariorum, quod hic contractus resolvatur in mutuum, h. e. in praestatione pecuniae ad interesse, vim suam nunc amisit; nam etsi id daremus, licitus adhuc dicendus esset contractus; cum ea praestatio nunc liceat.

3° Sixtus V. in Constit. *Detestabilis* edita anno 1586. ait quidem: « Damnamus et reprobamus omnes contractus postea ineundos, per quos cavebitur personis, pecunias, animalia aut alias res, societatis nomine tradentibus, ut etiamsi fortuito casu quamlibet iacturam sequi contingat, sors ipsa seu capitale semper salvum sit, sive ut de certa quantitate in singulos annos aut menses, durante societate, respondeatur ». Verum Pontifex loquitur de hypothesi, quod per ipsos contractus societatis, de quibus sermo est in Const., id caveatur, non de hypothesi, quod alius contractus diversus, sane per se licitus, adiungatur, quo reapse compensatio fiat illi, qui assecurationem praestat. Haec obvia interpretatio patet etiam ex ipsa orali declaratione Pontificis et aliorum tunc temporis theologorum ac Romanae Rotae, ut videre est apud Lugo n. 37. Quamvis autem sententia negans licere hunc contractum, visa sit Benedicto XIV. in Opere *de Syn.* l. 7. c. 1. magis congruere Bullae Sixti V.; id tamen non impedit, quominus, reverentes quidem eius auctoritatem, ab ea recedamus ac tot aliorum doctorum sequamur vestigia.

4° Sane sententiam affirmantem honestatem huius contractus *communiorem* vocat s. Alph. n. 908. eamque *communem* et *veriorem* iam vocaverat Lugo n. 40.

Porro s. Alph. ibid. concludit: « Hanc sententiam, tot auctoritatibus et rationibus roboratam, merito non reprobant Abelly et Petrocorensis, quamvis contrariae sententiae adhaereant et ego satis probabilem puto. Ceterum quia non potest negari, huiusmodi contractus periculo non carere animi usurarii, hinc censeo expedire, ut prima sententia (negans contractum istum licere) universe omnibus suadeatur ».

Quae postrema conclusio difficilis est. Nam *suadere universe omnibus* ne quid fiat, quando id prudenter licitum existimatur, non satis cum veritate cohaeret et alioquin, cum damnum proximo inde sequi possit, cui alia ratio reditus sibi comparandi desit, neque caritati et iustitiae satis consulitur.

Periculum est, inquit, *animi usurarii*. Verum vel vitium usurae est in contractu vel non est. Si vitium ibi est, ipse contractus, utpote usurarius, per se prohibendus erit. Si autem vitium in contractu non est, tunc vel periculum est propter ignorantiam contrahentis et doceatur hic abesse vitium: vel est ex malitia, quae velit vitium, ubi vitium non est et haec rarissima erit nec praesumenda et non propterea arcendi alii a re licita. Ceterum in animo contrahentis vitium timeri nequit nisi iniustitiae: si autem iniustitia a contractu absit, saltem probabiliter; non est cur in contrahente praesumatur et suadeantur omnes non facere, quod ex communiori et probabili sententia licet.

CXXIV. 4. Societas etiam in pecoribus valide et licite instituitur. Et interdum quidem ita, ut tam pecora ipsa, quae alteri pascenda et nutrienda traduntur, quam emolumenta et fructus ipsaque detrimenta et damna danti et accipienti communia sint: interdum vero ita, ut pecorum dominium, ideoque etiam periculum sive casus fortuitus spectet ad solum dantem; emolumenta autem fructuum, nempe fetus, lanae, lactis, ad utrumque. Vide Less. hîc et Laym. l. 3. t. 4. c. 20.

549. Frustra reipsa quiddam adderemus: quia leges et consuetudines locorum penes timoratos viros docent melius, quid in variis casibus liceat.

APPENDIX

* DE MANDATO ET NEGOTIORUM GESTIONE *

550. Omittit haec A. brevitatis gratia: eorum tamen notitia non raro utilis esse potest et de iis sermo occurrit in quolibet iure civili.

De Mandato nonnulla dicta sunt in 2. p. huius tract. ubi de Cooperatoribus, quorum primus recensetur *Mandans*.

551. Mandatum est contractus consensualis, quo aliquid gratuito gerendum committitur et suscipitur. Mandatum scilicet, saltem in iure romano, est contractus per se gratuitus; sic enim dicitur l. 1. §. 4. Dig. *Mandati*: « Mandatum, nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio et amicitia trahit ». Quocirca si pecunia vel merces interveniat, « res ad locationem et conductionem potius respicit », ut ibidem dicitur. Cf. et Inst. l. 3. tit. 27. *de Mandato* §. 23. Honorarium tamen vel salarium (ὀψώνιον) non excluditur ll. 6. et 7. tit. eod. Discrimen honorarii a mercede in eo est, ait Vinnius Inst. l. c., quod merces fere analoga sit operae seu ita constituatur, ut aestimationi operae fere respondeat: honorarium autem est voluntaria operae gratis praestitae remuneratio. Neque ad hanc datur *actio mandati*, quamvis ipsa extra ordinem peti possit l. 7. et l. 56. §. 3. Dig. *Mandati* (a).

552. Conventio inter mandantem et mandatarium potest quoque esse tacita; nam si videas a me aliquid fieri in tui gratiam, v. gr. fideiuberi neque prohibeas, censeris mandare l. 6. §. 2. tit. eodem (b).

(a) In iure Gall. C. C. art. 1986, mandatum est gratuitum, nisi aliter conventum sit. Huius tamen contractus conceptus in hoc iure non est identicus conceptui romano: definit enim C. G. art. 1984. mandatum « actum, quo quis alteri *confert potestatem* aliquid faciendi pro mandante eiusque nomine » et perinde est ac procuratio. In iure italico C. C. art. 1737. « Mandatum est contractus, quo quis se obligat gratis aut mediante compensatione ad aliquid faciendum pro alio, qui id ei commisit ».

(b) Consentit ius Ital. art. 1738. addens et acceptationem posse esse tacitam ac oriri ex ipsa exsecutione rei mandatae. De hac tacita acceptatione solum loquitur ius Gall. art. 1985. §. 2.

553. Quoad obligationes mandatarii, is 1° non nisi de culpa lata tenetur, si mandatum gratuitum sit: cf. Laymann l. 3. tr. 4. c. 26. n. 1.: si autem non sit gratuitum, perinde res erit ac in locatione operae.

2° Fines mandati non debet excedere, non servato modo et forma mandati; quidquid enim praeter praescriptum gestum est a mandatario, id is suo nomine non mandantis fecisse censebitur. Non tamen dicitur excedere fines mandati, si quamvis praescriptam formam non servet, id tamen faciat quod mandans voluisse intelligitur. Si e. g. iussus vendere meum equum 100. aureis, vendidisti 120., non censeris excessisse fines mandati; nam qui mandavit vendi 100. intelligitur voluisse, ut si fieri posset, etiam pluris venderetur. Inst. tit. cit. §. 8. Quocirca, ait Laymann l. c. n. 2., nisi mandans aut herus contentus videatur, ut mandatarius aut famulus excessum retineat, illi restituendus erit. Cf. dicta paulo ante *de Emptione et venditione* sub n. LXXVI.

3° Si mandatum sit contra bonos mores, non est obligatorium nec si mandatarius illud exsequatur, actionem habet mandati contra mandantem, si quid detrimenti passus sit; quia reapse mandatum irritum fuit et nullum. Inst. eod. tit. §. 7. Iure quoque naturae conventio talis nulla est seu nullam inducit obligationem.

Civilis proinde obligatio mandantis erga mandatarium, vi mandati, in hac hypothesi negatur: at naturalis obligatio, si quid reapse culpa mandantis passus est mandatarius, non negatur.

Itaque si Titius mandet Caio occidere Bertam, Caius sciens rem inhonestam esse ideoque nullum esse mandatum seu nullam eius vim, si occidit, non mandantis nomine reapse, sed suo occidit; nam mandantis nomen intervenire non potest, ubi nullum est mandatum. Idcirco nulla videtur obligatio mandantis erga illum. Si autem Caius ignorans fecit, aut metu coactus, tenebitur Titius erga eum de damno.

Item si Titius mandans homicidium, mercedem mandatario promisit (sed tunc contractus transit in conductionem), patrato homicidio, merces debetur, non vi mandati, sed contractus realis: facio ut des. Cf. dicta *de Contractibus* sub n. IV.

554. Obligationes mandantis sunt. 1° Ratum habere debet, quod eius nomine a mandatario gestum est, nisi is fines excesserit mandati: illud enim omne censetur voluisse mandans. Laym. l. c. n. 2.

2° Tenetur mandatarium indemnem servare, ut omnes expensas, quas ille fecit pro exsecutione mandati, restituat. An et fortuitum damnum, quod occasione mandati, mandatarius passus sit, puta si in itinere bonis suis spolietur a latrone, resarcire debeat mandans, controvertitur. Cf. Laym. l. c. n. 3. Certe id negatur, si mandatarius pretio conductus sit.

Mandatum expirat, 1° cum adhuc integra res sit, cum revocatione

mandantis tum renuntiatione mandatarii, tum alterutrius morte. Inst. tit. cit. §§. 9. 10. 11.

Excipe, si mandatum fuerit tradi puellae dotem; mandatarius id exsequi debet etiam post mortem mandantis, ob favorem dotis. Idem dicendum de mandato ad pias causas, quae legi civili non subsunt. Laym. l. c. n. 6. Item si mandans mandaverit aliquid fieri post mortem suam et fieri reapse nequeat nisi post mortem.

2º Si res iam coepta sit et intersit mandatario ut negotium exitum habeat, revocare nequit mandans, nisi paratus restituere quod eius interest.

Item si negotium iam coeptum sit, nequit mandatarius renuntiare, nisi praestet, quod mandanti interest impletum esse. Ibid. et Cf. Vinnium ibid.

Sed si res non sit integra, ius et obligatio alterius ad heredem transit. Cf. ibid.

3º Si mandatarius, ignorata morte mandantis, bona fide exsecutus est mandatum, factum probatur et datur ei actio mandati erga heredes mandatoris. Inst. tit. cit. §. 10. Quod Vinnius valere quoque verisimiliter arbitratur, si mandatarius ignorantia iuris laboravit; sciens scilicet defunctum mandantem, putans tamen se adhuc teneri mandato: nam et alias, cum de damno agitur vitando, error iuris nocere non solet. Cf. Tr. *de Act. Humanis*, n. 79.

555. Mandato in iure comparatur ratihabitio: reg. iuris in 6. « ratihabitionem retrotrahi et mandato non est dubium comparari ». Agitur de ratihabitione, qua actus alterius ratus habetur. Haec comparatio ratihabitionis cum mandato est ex iure nec est extendenda ultra effectus, ad quos a iure accipitur pro mandato. Lug. disp. 19. n. 34. Cf. dicta P. 2. n. 137. ex Laymann.

Ut ratihabitio locum habeat, oportet ut alter nomine tuo egerit, quod tibi est ratihabendum; nam « ratum quis habere non potest, quod ipsius nomine non est gestum » ut habet reg. 9. iuris in 6.; poterit tunc esse simplex approbatio operis, non ratihabitio. Ut ratihabitio aliquid operetur, oportet, ut actus cui ipsa accedit adhuc virtualiter maneat effectusque eius non plene transiverit; secus enim, si actus perfecte transiit cum suo effectu, quid tua ratihabitio praestabit? Lug. disp. 3. n. 146. Id tamen non valet, cum a iure ratihabens accipitur ut mandans non respectu contractuum sed solum respectu poenae, quae ratihabenti seu probanti delictum iam patratum infligitur non secus ac si mandasset. Cf. locum cit. ex §. 2.

556. Negotiorum gestio appellatur in iure quidam non vere contractus sed *quasi contractus*, quo nempe *quasi ex contractu* obligamur. Est scilicet quasi contractus: *factum honestum* (non enim ex maleficio substan-

tiam capit), *quo et ignorantes obligamur ex consensu iure praesumpto ob aequitatem vel utilitatem.* Huiusmodi facta quinque enumerat Iustinianus in Instit. l. 3. tit. 28. et sunt *negotiorum gestio, administratio tutelae, communio citra societatem, aditio hereditatis, indebiti solutio.*

Itaque negotiorum gestio in eo est, quod quis absentis negotia gerenda utiliter suscipiat et gerat. Absentis, inquam; quia si praesente domino quamvis tacente, rem eius geris, habebitur contractus Mandati. Sed fieri non raro potest, ut dominus a bonis suis cogatur abesse, quin alicui eorum demandaverit curam, vel quia sunt bona amissa aut furto sublata et tandem reperta vel hereditate ab extraneo provenientia etc.: interest autem tunc reipublicae eos esse, qui aliorum negotia gerenda suscipere velint et tanquam sua administrent in favorem dominorum. Hinc ne abhorreant homines ab hoc officio praestando, conceditur gestori negotiorum alterius *actio,* quae dicitur *negotiorum gestorum* erga dominum, ut praestetur ei a domino quidquid de suo erogaverit et compensentur damna, quae passus sit causa gestionis. Haec actio tamen nonnisi ei competit, qui prudenter gesserit negotium. Competit autem, dummodo prudenter et utiliter egerit, etsi negotii exitus infelix fuerit. l. *Sed an* §. 1. Dig. *de Negot. gest.* cf. Inst. l. c. §. 1.

557. Ne tamen omnes vel inepti alienis rebus se ingerant iisque in suum commodum abutantur, actio concessa est pariter domino erga gestorem, ut gesti rationem reddat et interdum non gesti, praeteritae nempe utilitatis.

Qua actione duo petuntur, nempe restitutio eius, quod occasione gestionis ad gerentem pervenit et praestatio damni in eo quod perperam gestum est atque etiam lucri ex negligentia omissi. Cf. Vinnium l. c.

558. Fatendum est Romanos rigidos potius se exhibuisse erga negotiorum gestores. Nam licet in hac re nulla suscipientis versetur utilitas, tenetur tamen gestor non solum de dolo sed et de culpa etiam levi: imo et levissima in hypothesi, quod alius esset, qui negotium diligentius fuisset administraturus. Inst. l. c.

Nihilominus si bona alterius deserta erant et ne distraherentur, quis sponte ex affectione se obtulit ad ea administranda, dolum is tantum praestat et culpam latam, quae dolo aequiparatur. l. *Ait Praetor* §. 9. Dig. tit. eod. Cf. Laymann. l. 3. tr. 4. c. 28. nn. 1. 2. Cf. et dicta in 1ª parte n. 149. De praemio aliquo seu honorario dando gestori, qui rem utilem certe praestitit, nec ius romanum nec nostrum ius loquitur (a).

(a) Ex iure Gallico C. C. 1372-1374. et Italico C. C. 1141-1144. Negotiorum alterius sponte sua gestor debet in sua administratione eam curam gerere quam bonus paterfamilias in re sua utitur. Debet gestionem prosequi et ad exitum perducere,

559. Confessarius qui in haec incidat, rationem habebit regularum, quas theologi tradunt de obligatione in conscientia propter culpam admissam a contrahentibus, tum iuris naturae ac iuris civilis, quo poenitens regitur.

Laymann l. c. loquens de rei alienae inventore, monet, quod licet is nequeat exigere mercedem tanquam iure sibi debitam eo quod restituat domino; nihilominus si rem inventam ad eum perferat, laboris huius compensationem iuste exiget. Quia licet teneatur ex iustitia rem domino restituere, non tamen tenetur praestare gratis laborem deferendi et expensas si quas fecerit.

560. Quaedam brevissime de aliis quasi contractibus.

Secundus est *tutela* (tutela, inquam, non cura), qua suscepta, quamvis nullum negotium inter tutorem et pupillum contrahatur, obligatur tutor erga pupillum: qui idcirco habet adversus eum *actionem tutelae*, ut rationem reddat administrationis suae et tam gesti quam non gesti. Sed et tutor aliam contrariam actionem habet erga pupillum, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditoribus eius obligaverit. Inst. l. c. §. 2. De hac re agit A. c. seq.

Tertius est *rei communio*, quae contingat absque contractu societatis: ut si res pluribus donata et legata inter eos sit dividenda. Tum si ex ea lucrum unus percepit, actio competit aliis erga ipsum pro lucro inter se dividendo: si unus pro re communi expensas fecerit, actio ei competit erga alios, pro compensatione obtinenda, sive ut expensae inter singulos dividantur. Unde haec actio dicitur *de communi dividundo*. Inst. l. c. §. 3.

Quartus est *aditio hereditatis*, quae legata contineat. Ipso facto aditionis heres obligatur erga legatarios et vicissim legatarii erga heredem obligantur ut non ab alio, quam ab herede accipiant legatum. Instit. l. c. §. 5. Cf. Laymann l. c. nn. 8. 9. Haec tria mox memorata non referunt nostra iura, saltem explicite, inter quasi contractus.

Quintus est *indebiti solutio;* cum nempe quis per errorem quod non debebat, solvit: is repetere potest et alter restituere tenetur ac si ei mutuum datum esset. Inst. l. c. §. 6 (a).

---

usque dum is, cuius interest, possit per se negotio consulere et si is, cuius interest, moritur, debet gestionem prosequi, donec heres possit eius administrationem assumere. Debet praeterea pati quae ex ipso negotio consequuntur et subesse iis obligationibus, quae exstarent si ex mandato rem suscepisset gerendam. Dominus vero sive is, cuius interest, si recte negotium gestum est, debet facere satis obligationibus quae nomine suo gestor contraxit, immunem servare gestorem ab illis, quas personaliter is contraxit atque compensare omnes expensas factas tum necessarias tum utiles, una cum earum fructibus a die computandis, quo factae sunt.

(a) Ex iure italico C. C. art. 1145-1150. ille qui aut ex errore aut scienter recipit id, quod ei non debetur, tenetur restituere illi, a quo indebite accepit. Ille qui

Advertit tamen Laymann n. 11. obligationem istam restituendi ortam ex indebiti solutione, potius quam ex quasi contractu, videri descendere *ex re aliena accepta*. Quocirca persona, si bona fide accepit, obligabitur solum si adhuc habeat aut quatenus facta sit ditior et si bona fide absumpsit, quin ditior facta sit aut absque dolo amisit, cessabit obligatio. Cf. dicta ab initio de Contractibus in genere nn. 6.-8.

Dub XIV.

De Sponsione et Ludo

CXXV. Resp. Sponsio est contractus, in quo duo de veritate aut eventu alicuius rei certantes sibi invicem aliquid spondent, ut id eius sit, qui veritatem assecutus fuerit: ver. gr. certo tecum 10. imperialibus hanc, vel istam civitatem obsessam, captam etc. Ut licite fiat, requiritur 1. ut fiat super re dubia, 2. ut sit aequalitas in re, quae spondetur, cum aequali incertitudine, 3. dubius eventus in utroque, 4. ut uterque eodem sensu accipiat id, de quo certatur. Molin. Less. Card. Lugo d. 36. s. 6.

561. * Clara est definitio sponsionis (scommessa, pari) quam A. tradit ex Lugo disp. 31. n. 73. aliisque. Contractus est consensualis et est reapse stipulatio quaedam, qua uterque contrahentium aliquid spondet. Si vero uterque non ad aliquid dandum vel faciendum se obliget, sed sit concertatio quaedam, uter veritatem assequatur, non est contractus hic, de quo loquimur.

562. Quidam censuerunt sponsionem illicitam: cf. s. Alph. n. 869. et Lugo disp. 31. n. 73. Ratio erat, quia leges civiles eam reprobant: sed 1° id simpliciter dictum est falsum: 2° legibus romanis aliae nunc successerunt, quibus regimur. Per se, si qui spondent, libere possint disponere de eo, quod spondent et ceterae conditiones enumeratae ab A. adsint, de quibus paulo post dicemus, contractus nulla iniustitia laborat ideoque ex hac parte licitus est. Est quidem contractus fortunae; sed licet pe-

---

cum ex errore putaret se debitorem, solvit, ius habet adversus eum, cui solvit, repetendi. Desinit tamen hoc ius, si creditor, propter hanc solutionem se privavit bona fide titulo crediti et cautionibus ad ipsum spectantibus: quo in casu liber est, ei qui solvit, regressus adversus verum debitorem.

Qui mala fide recepit solutum, debet restituere tum capitale tum fructus decurrentes a die solutionis.

Qui indebite aliquam rem accepit, debet eam in individuo restituere, si adhuc subsistit: si vero non subsistit aut detrimentum passa est, ille, qui mala fide accepit, debet eius valorem reddere, etsi res fortuito perierit aut deterior facta: qui vero bona fide accepit, non tenetur restituere nisi quod in rem suam versum est.

Qui rem bona fide acceptam vendidit, non tenetur nisi ad restitutionem pretii aut ad cedendam actionem pro eius recuperatione.

Ille, cui res restituitur, debet compensare possessorem etiam malae fidei pro expensis factis in rei conservationem, necessariis et utilibus quoque.

Ita quoque generatim C. G. art. 1376-1381.

riculo se exponere amissionis cuiusdam, si adsit vera spes aliquid acquirendi: sic enim illud periculum non est absque ratione, dummodo proportio sit inter periculum et spem.

Etsi vero lucrum directe intendatur, nondum habes aliquid illicitum, si medium sit iustum, cuiusmodi est iste contractus, servatis conditionibus; nam licet lucrum directe intendere, ut patet ex dictis de negotiatione. Cf. dicenda mox de ludo. Communis idcirco est sententia, licere hunc contractum iure naturae. *

S. Alph. l. c. putat *regulariter* peccari venialiter; quia regulariter deest cohonestans motivum licitae recreationis. Sed cum dicit: *regulariter*, ostendit posse defectum hunc abesse: ceterum nunc loquimur de intrinseca natura actus, non de defectu extrinseco.

* Imo quis negaret forte suppositum, quod nempe sponsiones fiant ob recreationem, quamvis occasio earum non raro sit aliqua recreatio, puta cursus equorum; nam fiunt reapse ob lucrum, quod intendere, dummodo modus honestus sit, nec veniale per se peccatum est, sicut nullum est per se peccatum negotiatio.

Nihilominus si temere spondeas, si frequenter, si magnam pecuniae vim vel semel exponas, peccare poteris prodigalitate aut ratione damni, quod aliis, quibus obligatus es, infers et idcirco ob has similesve causas peccabitur in sponsione et etiam mortaliter fieri poterit ut peccetur: sed haec extrinseca sunt rei, de cuius intrinseca natura nunc tantum est sermo.

563. Porro si contractus ex lege naturae iustus est, obligationem parit praestandae rei promissae, conditione impleta. Si autem sponsio sit de re, quam non licet spondere et quam solvendo peccares, sponsio iniqua fuit et obligationem non parit. *

564. Conditiones A. enumerat pro iustitia huius contractus: sed eas solum ponit, quae speciales sunt huius contractus: in resol. autem prima et alius conditionis meminit, quae vagatur per omnes contractus. Itaque prima conditio est, *ut res seu eventus sit dubius*. Verum etiamsi quis fuerit certus de re, putant aliqui posse spondere et retinere quod vicit, quando is alium antea serio monuit atque hic nihilo minus obstinatus voluit spondere. Ratio est, ait Sanchez *Consil.* l. 1. c. 8. dub. 13. n. 11., quia nulla est fraus et alius sibi suaeque temeritati imputare debet, si causa cadat. Idque probabilius Sanchez dicit et praesumi forte potest in his conditionibus obstinatum hominem paratum esse donare, si victus discedat.

At Lugo disp. 31. nn. 82. 83. citans quoque Molina aliosque, censet magis iustam et melius fundatam sententiam oppositam et comparat hominem, tunc cum certitudine spondentem, ei, qui vendens vitrum alteri,

moneat esse vitrum et non gemmam et tamen alter velit ut gemmam emere et pretium pro ea solvat. Contractus nullus est; quia reapse emptor non vult donare sed emere et error versatur circa substantiam: deest proinde titulus retinendi pretii; quia deest valor. Pariter in hoc casu sponsionis, quo alter affirmanti se certo scire non credit; nam ille non vult donare sed acquirere et errore ductus sperat se acquisiturum. Sane hic contractus venditioni emptioni comparandus est: quid autem dat alter spondens alteri pro re quam ab eo se acquisiturum sperat et dein acquirit? dat periculum, cui se exponit perdendi, quod est pretio dignum, dat spem acquirendi et ius accipiendi si vincat. Porro in hoc casu periculum tuum est nullum; spes sive ius ad lucrum, etsi ab altero ob errorem magni fiat, reipsa nihil est nulloque pretio dignum atque id tu noscis: nullus est ergo contractus legitimus sponsionis, qui est necessario contractus fortunae; cum tu nihil des et nulli te obiicias periculo.

Laymann vero lib. 3. tr. 4. c. 21. n. 4. allata sententia Molina negantis talem contractum licere, ait: « sed contrarium verum est, quod docet Navarrus, Medina, Toletus etc.

Nam error circa qualitatem, cui causam non praebet contrahentis dolus, neque gratuitam neque onerosam promissionem vitiat, cum absolutum consensum non auferat, ut supra dixi etc. Perinde ac si quis tibi stipulatus promittat se donaturum 10. aureos, si rivum vel fontem transilias, existimans id omnino fieri non posse: profecto obligationem contrahet (h. e. tenebitur ad id, ad quod se obligavit), si tu conditionem impleveris ».

Desideratur in hoc discursu Laymann demonstratio eius quod primo affirmatur, errorem nempe esse circa qualitatem, cum Lugo potius arbitretur esse circa substantiam. Exemplum tamen quod Laymann affert, rem non parum suadet, si nempe ille alter spondens, qui errore decipitur, ita sit animo comparatus, quemadmodum iste, qui rivum transilienti aureos promittit. Hic tenetur dare; quia obligavit se daturum, dummodo conditio poneretur et conditio impleta est: ille spondens potest profecto et ipse se obligare ad dandum, dummodo alter conditionem impleverit h. e. veritatem futuram invenerit, si qua est praeterea inaequalitas inter utrumque, sponte condonans. Cf. resol. 8.

565. Ceterum, Lugo ipse n. 79. observat, quod si certus quidem esses, sed ob pertinaciam alterius contrarium affirmantis, dubitare inciperes (quod in huiusmodi casibus sponte et frequentissime contingere putamus; agitur enim de re contingenti, remota vel futura et experientia frequenter docet, quae probabilissima et certa, utique mortaliter, videbantur, falsa deinde esse detecta), licite sponderes et retineres.

Item si putasti rem esse certam, postea tamen reperis, fundamenta,

quibus nitebaris, non satis fuisse ad certitudinem, retinere potes quod lucratus es. Nam quamvis peccaveris, ut Lugo censet, ex mala conscientia, reipsa tamen te periculo exposuisti et poteras perdere, ut idcirco a parte rei aequalitas fuerit. Sed conditio sequens prae oculis est habenda.

Nihilominus, etsi ex parte tua contractus sit iniustus, quia certus tibi esse videbaris; si postea perdas, non liberaris ab obligatione solvendi: quia alter ius acquisivit ad praemium, conditione impleta, nec tu debes ex tua malitia lucrari. Idem dicendum in seq. conditione.

566. Altera conditio est, ut sit aequalitas inter rem, quae spondetur et incertitudinem eventus: ut pro quo probabilitas maior, is magis, pro quo minor stat, minus promittat: nisi hic inaequalitatem noscens sponte remittat. Haec conditio est complementum praecedentis. Sane ad servandam aequalitatem, opus est, ut si ex tua parte probabilitas futuri eventus sit e. gr. duplo maior quam ex alia parte, a te etiam spondeatur summa maior duplo; nam spem, quam tibi alter offert vincendi est duplo maior ea, quam tu alteri praestas.

Unde illud: « spondeo centum contra unum », quod dicere solet, qui rem fere certam habet.

* Tertia conditio, quod uterque spondens sit dubius, continetur in prima. Quarta conditio clara est. Nam est concertatio de eadem re, quam alter affirmat, alter negat, ut alteruter debeat victor exsistere: at si res vel verba alio et alio sensu a contrahentibus accipiantur, non cadet super idem affirmatio et negatio atque poterit uterque verum vel falsum dicere.

567. Quaerit Lugo n. 84. an spondere tibi liceat, si res, etsi naturaliter incerta, tibi esset tamen per revelationem certa.

Respondet negative, quia spondes absque ullo periculo tuo et accedis instructus medio inveniendae veritatis, quo alter caret eoque certissimo: ut idcirco nulla sit aequalitas. Sane iuxta secundam conditionem, cum in infinitum crescat certitudo tua, sponsio alterius deberet esse zero. Nihil vero refert quod res naturaliter sit incerta; nam revelatio accedens non se habet heic extrinsece, sed modificat intrinsece conditionem alterius contrahentis et sic tollit aequalitatem.

568. Si tres ex. gr. concurrant ad beneficium, licet ne alicui spondere cum quolibet ex illis, quod ipse non eligetur? Attentis legibus sponsionis, nihil est quod id vetat, etsi ille certe sit lucraturus. Aequalitas est enim in singulis sponsionibus, quod iustitia postulat: certitudo vero lucri est ex circumstantia extrinseca, quod triplex sit sponsio; quod debetur industriae spondentis, quin tamen ulli iniuriam faciat. Cf. Lugo nn. 86. seqq.

569. Sponsio solet frequenter fieri super futuro eventu: eventus autem futurus vel est independens ab actione contrahentis, vel est effectus actionis alterutrius: ut certantes in cursu spondent se soluturos summam ar-

genti ei, qui prior metam attigerit. Sed tunc se immiscet etiam ludus, de quo nunc. *

CXXVI. Ludus vero est contractus, quo ludentes inter se paciscuntur, ut victori cedat, quod uterque deposuit. Hi contractus iure naturae liciti sunt, modo debitae conditiones adsint et aliunde non interveniat scandalum aut iusta prohibitio aut iniquitas se misceat nec peccati sit occasio; quia, sicut quivis suae rei dominus potest alteri eam donare absolute, sic etiam sub aliqua conditione, sive ea fortuita sit sive ex industria pendeat. Less. c. 26. d. 1. Bon. d. 2. q. 3. p. 1.

570. * Distinguenda est cum Molina disp. 510. duplex significatio huius vocis. Nam 1° ludus est *operatio quaedam artificialis, ad animi relaxationem seu recreationem ordinata* (2. 2. q. 168. a. 2.) *imo et ad corporis exercitationem viriumque incrementum,* ut erant ludi olympici. Diximus: *artificialis,* h. e. ingenio hominis inventa operatio et arte quadam composita regulisque instructa. Nam et aspectus patentium camporum aut vallis amoenae hortique florentis conducit ad animi recreationem, item deambulatio corpus exercet et reficit vires: nemo tamen haec naturalia et huiusmodi in numero posuerit ludorum et qui vovet se non lusurum, talia profecto non comprehendit voto. 2° Ludus est contractus quidam.

Porro hic contractus frequenter adiungitur priori ludo, quae ratio fuit, cur eodem nomine appellaretur; sed etiam secernitur: nam quae recreatio animi aut corporis exercitatio in ludo sortis, cuiusmodi est e. g. ille qui vocatur lotto?

571. De priori agendum esset, ubi de Temperantia (cf. s. Thomam q. cit.) et in eius ludi moderatione locus est virtuti, quae dicta est ab Aristotele εὐτραπελία, posita inter excessum et defectum in ludendo. Monent DD. facilius in hac re peccari excessu quam defectu; nam, ut Tullius ait 1° *de Officiis:* « ita parce condienda est vita ludo, ut sale cibi ». De eius honestate, quantum satis est, dictum est per transennam in Tr. *de Actibus humanis* n. 175. Ex multis autem capitibus, ut ait Lugo disp. 31. n. 1., potest fieri vitiosus ludus, si nimis avide expetatur, si ad nimium tempus producatur, si non deceat statum ludentis, clerici e. gr. aut religiosi, si iusta lege sit prohibitus, si occasio sit peccatorum, si impedimento sit officiis debitis implendis etc.

Quamvis vero ludus cum debito fine ac convenientibus circumstantiis susceptus, sit actus virtutis, potest tamen homo ex amore melioris finis vovere abstinentiam a ludo, sicut a matrimonio; cum praesertim sibi hoc pacto praecidat plures occasiones peccatorum sive gravium sive levium.

Ludus altero modo acceptus pertinet ad tr. *de Iustitia* ac de eo nunc agimus.

572. Hic ergo ludus est *contractus quo ludentes inter se paciscuntur, ut victori in praemium victoriae aliquid cedat, quod singuli deponunt*

vel spondent. Dico: *vel spondent;* nam per se, iure naturae spectato, perinde est, sive ludas pecunia praesenti, sive credita. Ut huius contractus natura pressius intelligatur et a ceteris discernatur, adverte cum Lugo n. 45., quod praemium certantibus in aliquo ludo potest dupliciter proponi. Primo ut tertius quidam vel respublica praemium concertantibus proponat, ut ille ex iis praemium assequatur, qui vicerit seu alios superaverit. Tunc quaeritur dignior seu praestantior et contractum non ineunt ludentes intra se, sed est contractus inter ludentes et promittentem praemium et est contractus gratuitus ex parte promissoris, quatenus praemium *donare vult* praestantiori seu digniori: at conditione impleta, tenetur dare. Secundo ludentes intra se contractum ineunt lucrativum et onerosum ut singuli se obligent ad aliquid dandum victori et singuli spondentes intendunt lucrum, quin de digniori sint solliciti, sed de eo, qui ludi legibus servatis victor exstiterit. Hic est contractus, de quo nunc sermo est.

573. Quaeritur, an ludere propter lucrum sit peccatum. Etsi quidam affirmaverint (cf. Lugo n. 3.) grave esse peccatum, respondendum illud idem, quod de sponsione diximus n. 562.: nimirum quoniam intentio lucri per se non est illicita, neque illicitum erit ludere propter lucrum. Imo etsi principaliter ludat quis ob lucrum, nondum per se peccatum habetur veniale; nam, dummodo finis ultimus non excludatur, non est illicitum ordinare medium ad eum finem, ad quem est utile, sepositis aliis medii utilitatibus: sic enim actio est secundum rationem ideoque honesta.

574. Quaeritur an aleae seu ludi, qui sola fortuna reguntur, sint liciti. Per se, dummodo debitae circumstantiae concurrant, fatentur omnes licere, ait Lugo disp. 31. n. 1.; periculum enim, cui quis se exponit, amittendi, compensatur pari spe acquirendi. Verum difficultas est, cum agitur de certis aleis ac forma, qua agi solent, ubi ingentes exponuntur summae et magna patrimonia exhauriuntur, admissis sine debito discrimine ad ludendum qui velint. Et iam veteres reprobabant acriter huiusmodi familiarum depopulatores, qui domi suae mensas publicas ad lusum alearum exponebant admittentes omnes, qui ludere vellent. Hos mortaliter peccare certum est, si admittant ad ludendum eos, qui alienare non possunt, qui cum gravi damno aliorum luderent, tum si ludus aut forma ludi sit vera occasio peccatorum. Et ubi lex publica huiusmodi mensas serio prohiberet, lex inquam, non poenalis tantum sed praeceptiva, iam violatio legis peccatum grave foret; quia lex iusta est de re maxime conducente ad publicam tranquillitatem, graviter proinde in conscientia obligans. Molina disp. 521. Lug. l. c. n. 6.

562. Validus ne est ludus, si una vice magna pecuniae summa expo-

natur? Non convenit inter DD. Gury vol. 1. §. 949. sententiam affirmantem putat *per se probabiliorem;* dummodo adsint certae conditiones, id est praesertim, si ludentes de bonis suis libere et plene disponere valeant, sine detrimento familiae, creditorum etc. Ratio est, quia ludentes aeque periculum subeunt, scientes et volentes ac proinde nulla est iniustitia. Si autem eae conditiones desint, contractus est illicitus et invalidus; quia ipsa exsecutio est illicita et peccatum, ad quod nulla potest esse obligatio. Advertit porro idem Auctor facile deficere praefatas conditiones.

Quia vero haec sententia affirmans, tandem non est certa nec probata profecto s. Francisco Salesio, qui in Phil. p. 3. c. 29. ait: iniustitiam esse exponere magnas summas pro adeo frivolis et ineptis habilitatibus atque industriis (quid si alea ludatur?), cuiusmodi eae sunt, quae in ludis se produnt; hinc concludit Gury, non videri in tribunali Poenitentiae inquietandos illos, qui magnam summam, quam amisissent, solvere nollent. Et citat Gousset.

Principium, quod s. Franciscus, ad iustitiam provocans, supponere videtur, hoc est: proportionem quandam esse debere inter rem depositam et habilitatem victoris in ludo. Id certe conveniens est: sed per se necessarium non censetur a DD., qui ludum alearum licitum per se dicunt et validum. Sensus tamen communis in eo consentit cum s. Doctore, ut pro re nihili, cuiusmodi certe est alea, magna pretia non exponantur. *

576. Licetne praemium ludi constituere preces sacras vel alias res sacras? Id concedit cum aliis Lugo n. 5. et s. Alph. n. 882., dummodo absit periculum irreverentiae et ex utraque parte res sacra sit solvenda: ne comparatio fiat rei sacrae cum profana; aequalitas enim esse debet inter sponsionem utriusque partis. Sane si quis se obligat ad reliquias dandas, alter ad pecuniam solvendam, habetur ex altera parte obligatio dandae rei sacrae, ex altera obligatio dandae rei profanae et sic esset certe simonia, ait s. Alph. l. c.: qua de re dubitamus.

* Nam heic nec est nec esse potest vera permutatio rei spiritualis cum temporali; cum si altera detur, altera non reddatur. Obligatio ergo, quae suscipitur, non est obligatio ad permutationem faciendam rei temporalis pro spirituali, quae esset obligatio simoniaca; sed est obligatio ad dandum unum ex illis, altero manente apud dominum. Et Lugo non dicit simoniam esse, sed periculum simoniae, mentalis puto.

577. Quaeritur an peccent ludentes ludos iure civili prohibitos. Olim locus erat huic quaestioni, cum iure romano quidam ludi vetiti forent, ludi nempe *alearum* seu *fortunae.* Ita l. 1. et 3. C. *de Aleatoribus et alearum usu,* Imperator, propter plurima et gravissima damna communiter exorta, ceteris ludis, sive in domo aut loco publico sive privato, interdictis, quinque tantum quos nominat, licere ait atque illos, qui victi

fuerint in ludis vetitis, negat conveniri posse ut solvant, et si solverint, actionem concedit repetendi, eorum quoque heredibus, etiam post triginta annos. Verum hae leges vel poenales erant, vel certe communis deinceps usus et consuetudo eas ut poenales interpretata est, quemadmodum plures Theologi advertunt apud Lugo n. 8. Nec irritam declaravit Imperator solutionem a victo factam, sed solum irritandam a iudice. Nunc aliis legibus utimur (a) aliique ludi successerunt, quos Imperator ignorabat, ut chartarum ludus atque schaccorum etc.

Quod de iure civili dicitur, dicendum multo magis de iure canonico, respectu laicorum. Exstat quidem in decreto Gratiani dist. 35. canon 1., qui dicitur desumptus ex canonibus apostolicis, quo excommunicantur laici aleae atque ebrietati deservientes. Sed a multo tempore saltem haec lex non est amplius usu recepta; idcirco nulla modo lex est canonica, quae laicos prohibet ludere. Quid clericis et religiosis liceat videbimus, ubi *de Praeceptis particularibus*.

578. A. non enumerat heic debitas conditiones pro iustitia ludi: sed in resoll. eas proponit. Claritatis gratia eas singillatim recensebimus heic.

1. Est, ut ludens possit disponere de iis, quae ludo exponit: 2. quod ludus sit liber h. e. ludens non cogatur ad ludendum: 3. quod non misceantur fraudes contra leges ludi et leges hae serventur: 4. quod servetur aequalitas, quemadmodum dictum est in sponsione. Cf. Lessium l. 2. c. 26. dub. 2. Lugo initio sect. 3.

Prima et secunda non sunt propriae huius contractus, sed spectant generatim ad omnes. Tertia quoque excludens fraudem valet pro quovis contractu. Quarta propria ad sponsionem et ludum pertinet. De his omnibus agit A. in resolutionibus: idcirco et nos cum ipso ibi eas expendemus. *

(a) In iure civili Gallico et Italico, nullius ludi prohibiti mentio fit: sed statuitur quod lex nullam actionem dat pro exigenda solutione eius, quod propter ludum vel sponsionem debeatur. Excipiuntur ludi, qui conferunt ad exercitium corporis (quemadmodum et Senatus romanus l. *Solent* Dig. *de Aleatoribus*, ludis iis, qui fierent causa virtutis, ut certare hasta, pilo, luctare etc. permittebat in pecuniam ludere), cuiusmodi sunt tractatio armorum, cursus sive pedibus sive equo, pilae lusus etc.: pro his actio conceditur. Integrum est tamen in his quoque iudici negare actionem, si summa, pro ludo aut sponsione deposita, fuerit exhorbitans. Nihilominus si victus libere solverit, nequit solutum repetere: dummodo abfuerit fraus aut dolus victoris et victus non sit minor, aut interdictus aut inhabilis declaratus. C. G. art. 1965-1967. C. I. art. 1802-1804.

Ex iure Austriaco omnes ludi aleatorii ut illiciti habentur et lex declarat nullam eos parere obligationem. Cf. Delama *de Iust. et iure* n. 274. nota et n. 275. q. 2. resp. 2.

Unde resolves.

CXXVII. 1. Qui rei dominus non est aut alienare eam non potest, non potest etiam de ea ludere aut deponere. Et sic deberet restituere, qui lucratus esset a religioso et filiofamilias non potente alienare. Laym. l. 3. t. 4. c. 21. n. 5.

579. * Haec est prima lex seu conditio iustae sponsionis iustique ludi atque satis evidens videtur. Id tamen non impedit quominus valere identidem ludus aut sponsio possit, attento saltem iure communi, etsi ludens aut spondens non sit rei depositae dominus; quemadmodum vidimus valere venditionem, quamvis vendita res sit aliena. Scilicet, qui rem furtivam deponit in sponsione vel ludo, altero quidem inscio (secus enim non est serius contractus), si victus eam cedat et dein res a domino repetatur; non dissolvitur aut nullus censetur contractus ludi, sed propter eum victus tenetur victori de evictione.

Ius enim victoris, qui bona fide contraxit, servandum est et ille ex malitia sua emolumentum capere non debet.

Atque id certe locum habet, si res deposita fuerit ex iis, quae usu non consumuntur. Victor enim ipsam habens debet restituere vero domino si evincatur, nisi ratio ei sit restituendi illi, a quo accepit, secundum ea, quae alibi diximus *de Restitutione* n. 199. seqq.

Si vero res sit usu consumptibilis ut pecunia; tunc vel deponens eam, iam ipsam suae pecuniae miscuerat et sic sua evaserat, ut idcirco haberet aliam aequivalentem in bonis suis et ex hac tenebitur restitutionem facere vero domino: vel nondum miscuerat et tamen aliam apud se habebat et tunc reddenda illa quidem erit domino a victore: sed victus ex sua pecunia damnum victoris compensabit. Quod si victus nihil habet, utique rursus domino erit sua pecunia restituenda, manente apud victum tamen obligatione tantundem victori, cum poterit, reddendi.

Si autem positivo iure sponsio rei alienae nullum efficiat contractum, tenebitur tamen semper victus, qui eam spopondit, obligatione solvendi id, ad quod victor ius acquisivit, seu compensandi eius damnum.

580. Et adverte cum Lugo n. 28. ex Molina, quem citat, ludum esse contractum, qui postquam absolutus est, rescindi non potest, sicut potest rescindi e. gr. emptio venditio. Nam nequit amplius, exacto ludo, res revocari ad priorem statum; quemadmodum si in hospitio sub obligatione pretii sumpseris coenam, non est amplius locus rescissioni contractus; eo quod nequeas restituere coenam. Id autem contingit et in ludo. Spem enim, quam tibi alter dedit, currente ludo, vincendi, nequis ei amplius cedere aut restituere.

581. Quaerunt DD. quid de illo dicendum, qui clam a colludente surreptam pecuniam exponit ludo eaque lucratur? An retinere sibi potest

lucrum? Si fur iste nihil aliud habebat in bonis, negatur; quia ex parte sua iniustus fuit ludus; deerat enim aequalitas, cum ipse reapse nullam spem fecerit colludenti aliquid lucrandi sive obiecit illum periculo lucrandi nihil. Cum ergo ipse ex suo nihil vellet dare, non potuit obligare alterum, ut daret, si vinceretur. At si fur aliam pecuniam habebat, perinde est sive a colludente sive ab alio furatus fuerit et cum par esset solvendo, retinere lucrum potest, qui est fructus industriae suae. Manet tamen obligatio reddendi alteri, quod furto sublatum est.

582. Quoniam dominium et libera administratio rei depositae in ludo vel sponsione requiritur, quaestio fit de filio familias, an victor in ludo retinere possit quod ab eo lucratus est. Si res theoretice spectatur, nulla difficultas est; iisdem enim principiis solvitur quaestio, quibus alia generalior solvitur, nempe quaenam sint bona, quae filius familias alienare potest absque patris, tutoris, curatoris consensu, quaenam ea sint, quae absque consensu aut patris, aut tutoris aut curatoris nequit alienare. Conferenda proinde sunt dicta alibi 1ª P. nn. 85.-106. et 2ª P. nn. 100.-102. et 1ª P. nn. 475. seqq. de beneficio restitutionis in integrum.

583. In praxi difficultas est praecipue quoad bona profectitia seu ea, quae ex toto sunt patris et filio dantur ad sustentationem, puta cum ad Universitatem mittitur; quaeritur scilicet an si filius iis ludat, possit ea victor iure retinere. Si constat patrem consentire, nulla est difficultas. Si ex conditione et statu filii praesumere licet patris consensum qui generatim praesumitur pro iis, qui extra domum aluntur, cum summa est modica; potest victor retinere lucrum, donec saltem contrarium probetur. Si haec desint sive si alter sciat filium non posse valide exponere certam summam, perinde est ac si luderet cum fure, exponente rem furtivam et ipse id nosset: scilicet non potest tunc victor lucrum retinere. Non sunt tamen huiusmodi colludentes cum iis filiis, qui sese sponte offerunt ad ludum, obligandi ad plures et fastidiosas inquisitiones faciendas, ut sciant, an summa exposita in potestate sit ludentis; nam id esset grave nimis et nisi appareat filium esse prodigum et iam alias dissipasse ludo bona sua, nemo est praesumendus malus, nisi probetur.

584. Si autem filius ex consensu patris ludens certam summam, sit praeterea lucratus, potest ne illud lucrum ludo exponere? Si in eodem ludo continuo exponat, concedunt omnes id posse seu esse praesumendum consensum patris, ad quem lucrum illud spectaret, si praesertim usus aut urbanitas postulet, ut ludus protrahatur; tunc enim illud proprie lucrum dicitur quod absoluto ludo obtinetur. An vero in alio ludo, sequenti die, possit illud lucrum exponere ludo, non convenit inter DD.; sed ex quantitate summae, conditione personae aliisque adiunctis iudicandum erit,

an liceat praesumere consensum patris, qui factus est illius lucri dominus. Cf. Lugo nn. 20.-25. *

585. Quaerit Laymann lib. 3. tr. 4. c. 21. n. 6., utrum filius qui non potest ludendo perdere ultra certam summam, possit nihilominus lucrari maiorem, absque restitutionis obligatione. Respondet vero: quod uno depositionis iactu non potest plus lucrari quam possit perdere; secus enim impar esset conditio, cum is nequeat solvere quod spondet; idcirco restituere tenetur excessum, nisi expresse vel tacite condonetur. At vero successivis pluribus iactibus, quibus quod potest exponat, nihil obstat, quominus magnam pecuniae summam lucretur, quae excedat priorem illam certam summam.

586. Quod spectat ad religiosum, is per se nihil alienare potest, sed potest ex consensu praelati. Videndum ergo erit an sit et qualis sit iste consensus. Generatim dici potest: 1° si lusus non sit religioso prohibitus et is fiat in parva quantitate, non erit obligatio sive religiosi perdentis sive alterius lucrantis, restituendi monasterio: secus si religioso ludus sit prohibitus sub gravi, vel fiat in magna quantitate; quia in primo casu consensus praelati potest praesumi, ut idcirco religiosus valide se obligaverit: secus in altero casu.

Si tamen 2° obtinuerit religiosus facultatem generalem disponendi de aliqua summa, satis probabile est, quod ea non sit restituenda, etiamsi ludo prohibito eam amiserit: quod tenent plures gravesque DD. citati a s. Alph. n. 873.; quia consensus praelati adest quoad substantiam rei, licet non quoad modum; sed et hic alter consensus praesumi potest, ne religiosi fama periclitetur. S. Alph. tamen contrariam sententiam habet ut absolute probabiliorem. Sed de hac re distinctius tr. *de Praeceptis particularibus*, quoad Religiosos.

CXXVIII. 2. Si tamen filiusfamilias (et idem de religioso ait Nav. apud Less. l. c. d. I.) alatur in distanti loco a parentibus, poterit ex alimentis moderate aliquid insumere in honestum lusum, v. g. 5. ex 100.: quia talis communiter praesumitur voluntas parentum, ut habet Sot. l. c. Laym. etc. Ac praeterea potest etiam filius deponere, quicquid lucratus fuerit: cum ad hoc etiam parens censeatur tacitam facultatem dare. Laym. l. c. Bon. *de Rest.* d. 1. q. 3. p. 2. n. 10. et seq.

587. Haec iam in praeced. explicata sunt.

CXXIX. 3. Tenetur restituere, qui vicit faciendo contra conditiones ludi et decipiendo, aut fraude ac per iniuriam alterum pertraxit ad ludendum, v. gr. si simularet se plane ignarum lusus et sic alterum multo imperitiorem provocaret, qui alioqui ludere noluisset, aut si conviciis lacesseret, ad quae vitanda alter consensisset in lusum, alias non consensurus. Mol. d. 517. Lay. l. c. Bon. d. 2. q. 3. p. 2. n. 3.

588. * Si quis aliquem ludere secum cogat coactione morali, minis conviciis etc. uno verbo, gravi metu: ratio cur obligatus sit restituere,

est, iuxta Lugo n. 60., iniusta laesio seu iniuria, quae secum affert obligationem resarciendi totum damnum ex iniustitia secutum. Ratio scilicet non est ipse metus, quatenus voluntarium tollat; nam sub metu manet voluntarium sufficiens ad se obligandum. Hinc si qui metum incutit, sit extraneus ludo, hic quidem obligabitur resarcire damnum victi metum passi, sed victor licite praemium retinebit.

589. Item si quis fraude aut dolo deceptus ad ludendum inductus fuit, eodem pacto indemnis servari debet ab eo qui iniuriam fecit.

Rursus qui vicit agens contra leges ludi nequit retinere praemium; quia abest conditio essentialiter requisita, ut id possit.

Porro qui fraudibus utitur, nisi eae sint quas ludus ipse communiter permittit, non servat conditiones ludi et inaequalitatem ponit: idcirco et ipse nequit retinere, si quid vicit.

590. Si tamen coactus aut dolo deceptus forte vicerit, praemium iuste retinet; quia contractus fuit validus, cum ex utraque parte fuerit voluntarius nec qui iniuriam facit, emolumentum ex sua malitia referre debet. Lug. n. 30.

591. Quid si, eodem perseverante ludo, perdas tandem illud, quod ab initio per fraudem a colludente lucratus fueras? An id solvendo liberas te ab omni obligatione erga eum? Diximus: eodem perseverante ludo; nam si ludus est prorsus distinctus, puta sequenti die, nimis manifestum est, te duplici debito erga alium teneri, debito nempe restitutionis propter fraudem et debito solutionis eo quod victus in ludo sis.

Itaque quidam sic arguunt: quoniam unus est ludus et lucrum illud censetur, quod acquiritur in fine lucri, tu ergo nihil reapse lucratus es et idcirco fraus tua non fuit causa efficax damni. Sequitur proinde te propter fraudem nihil debere. Ita quidam arguunt et concludunt apud Lugo n. 39. et haec sententia probabilis habetur a Sanchez citato ibid. Atque profecto, si talis sit conditio ludi sive ex se, sive ex intentione ludentium, sive ex consuetudine, ut saepius faciendum sit periculum fortunae et nonnisi exacta serie singularum vicium, lucrum computetur; sententia haec nedum probabilis, sed certa videtur.

At si singulis vicibus quis potest a ludo recedere, tunc dicendum te duplici debito erga alium teneri; quia singulis vicibus habentur distincti contractus ab invicem independentes, propriam singulis obligationem et ius gignentes: duplici proinde titulo debiti exsistente, non liberaris a priori per solutionem secundi. Lug. l. c.

Aliud dubium cf. apud Lugo n. 40. seqq. *

CXXX. 1. Si in re, quae spondetur, sit inaequalitas et haec alteri parti (v. g. cuius pecunia maior est) sit nota isque nihilominus spondere velit: valet contractus probabiliter; quia scienti et volenti non fit iniuria, ut dicit Navar. Medin. Sanch. Dian.

Contrarium tamen probabilius docet C. Lugo d. 31. s. 6. n. 81. ex Molin. Less. et Bon. Si autem ignota sit, non potest alter lucrari; quia non est aequalis conditio utriusque et alter nulli se exponit periculo. V. Azor. p. 3. l. 5. c. 25. q. 7. Bon. d. 5. q. 3. p. 2. q. 36. n. 3. Salas *de Ludo,* dub. 13. n. 3. Escob. et C. Lugo l. c.

592. * De hac re iam diximus n. 564., loquentes de sponsione: eadem est sane ratio in utroque casu. *

CXXXI. 5. Per se quidem et iure naturae licita est etiam sponsio de futuro eventu, qui damnum proximi coniunctum habet, v. g. Petrum intra annum moriturum (etsi enim detur occasio optandi vel machinandi mortem Petro, id est per accidens potestque idem periculum esse in censu vitalitio): iure tamen humano saepe prohibetur. C. Lug. l. c. n. 74.

593. De morte et generatim de eventu, qui cedat in alterius damnum, non est illicitum per se spondere; quia per accidens est, quod quis, ne cadat, optet illud malum evenire. Secus, inquit Lugo n. 74., illicitus foret census vitalitius, ne scilicet optetur mors illius, qui censum emit.

Neque illicitum est spondere de peccato committendo a quopiam tertio, quod e. gr. duellum patrabit: nisi forte ut quis vincat, operam suam ferat aut consilium praebeat ad malum. Lug. ibid. n. 75.

Si vero agatur de peccato patrando a spondentibus, licite spondebis, alterum peccaturum; quia sic, quin impellas ad peccatum, potius cohibes a peccato: secus si spondeas aut te peccaturum aut non peccaturum alterum; quia sponsio per se ad peccatum inducit.

Ita sponsio ad ebrietatem vel ingluviem adducens est illicita, ut patet.

594. Sponsiones super electione summi Pontificis prohibuit Pius IV. Const. *In eligendis* (s. Alph. n. 869.), sed solum tempore sedis vacantis et Romae vel ubi habeatur Conclave et solum sub poenis arbitrio Gubernatoris aut Pontificis futuri infligendis. Vid. Filliucci lib. 11. c. 20. et Lug. disp. cit. n. 90.

Gregorius autem XIV. renovavit, per Bullam *Cogit nos,* constitutionem Pii et vetuit sponsiones etiam super electione Cardinalium atque sponsiones quovis tempore et loco, addens excommunicationem ipso facto et reservatam Rom. Pontifici respectu electionis Pontificis atque sponsiones non solum prohibuit sed et irritavit, ut idcirco lucrum restituendum sit; cum titulus desit.

CXXXII. 6. Etsi sponsio cum conditione illicita, v. g. plus altero potaturum, sit illicita; quia inducit ad peccatum: quod tamen ea lucratus es, non teneris restituere. Sanch. Lug. Dian. p. 7. t. 9. r. 69.

595. Quod A. dicit, obligationem non haberi restituendi, valet et pro casibus enumeratis n. 593., utcumque in iis peccetur; quia peccatum, quod committitur, non est contra iustitiam, ex qua obligatio oritur restituendi.

CXXXIII. 7. Probabile est, quod docet Molin. etc. dum quis minis vel convitiis ad lusum inductus est et perdit, victorem non teneri restituere; quia talis absolute voluntarie lusit. Bonac. l. c. ex Mol. et Garz. contra Azor. Less. Regin. Fill. etc. communiter.

596. * Ita censet utique Molina disp. 516.; quia metus non tollit voluntarium, ac si ratio restitutionis petenda sit ex defectu voluntarii in altero ludente: verum, ut melius Lugo arguit, ratio seu fundamentum restitutionis est iniuria coactionis, quae exigit, ut omnia inde damna secuta resarciantur, ut diximus n. 588. Cur ergo A., qui resol. 3. dixit cogentem debere restituere, heic id negat? Quia, priore loco loquitur de coacto simul et imperito: heic coactum supponit peritum. Verum si hic peritus vel aeque vel quasi aeque ac alter sit, difficilius erit supponere quod non consentiens sponte, sed coactus ludat. *

CXXXIV. 8. Communior sententia est, teneri restituere, qui lusit vel certavit, certo praesciens se victurum esse. Contrarium tamen, nempe non teneri, dummodo dolus abfuerit, tenent Tol. et Sa V. *Contractus;* quia non tenetur quis ex iustitia suam peritiam vel scientiam adversario declarare: sed is suae temeritati imputet, quod ausus fuerit cum eo deponere, cuius scientiam non norat. Vid. Bonac. l. c. n. 4. Dian. p. 7. t. 9. r. 62.

597. * Haec spectant ad ultimam conditionem iusti ludi: ut aequalitas sit inter ludentes. Uterque scilicet ludens debet subire periculum et habere spem lucrandi: si autem sit in alterutro excessus ut maiorem spem habeat minusve periculum et excessus parvus sit, adhuc iustum esse ludum concedunt omnes; quia adhuc locus est sorti et secus nullus ludus esset iustus.

Item aequalitas debet esse in pretio solvendo et quidem proportione etiam habita ad peritiam utriusque; nisi alter remittat aut praesumi possit remittere. Tum aequalitas esse debet in ipso exercitio ludi, ut eaedem leges ab utroque serventur eademque iura utrique competant. Haec clara sunt.

598. Quaestio tamen fit, quam heic resolvit A., de ludo inter peritissimum et imperitum vel parum peritum. Iam de sponsione disputantes, locuti sumus n. 564. de hypothesi, quod quis sit certus de eventu et suam certitudinem alteri significet, qui nihilominus spondere velit. Idem dicendum quoad ludum, cum quis peritissimus est prae altero multo minus perito, cui tamen peritiam suam manifestet, qui nihilominus experiri velit fortunam. Laym. l. c. n. 3.

At si minus peritus ignoret praestantem peritiam alterius, quam si nosset, certe non luderet; cum error causam dederit contractui, non videtur alter, si vicerit, retinere praemium posse.

599. Veruntamen quaenam est huius erroris causa nisi ipse imperitus, quem oportebat inquirere diligenter quid valeret adversarius, quocum

congredi vult? Non enim iste tenetur peritiam suam profiteri. Cum igitur dolus absit et sibi imputare debeat minus peritus quod erraverit, videtur alter merito repetere et retinere praemium et in praxi praesupponere licet, quod huiusmodi imperiti, qui absque praemissa inquisitione cum quolibet ludunt, parati animo semper sint solvere, si vincantur. Praeterea discrimen est quoddam inter spondentem, qui certus est de eventu (puta praeterito) et ludentem peritissimum; nam hic dormitare potest et identidem fortuna vel peritissimis illudit.

Quod si peritior conditiones meliores alteri praestet, convenit inter omnes nullam esse iniustitiam. *

CXXXV. 9. Non tenetur restituere, qui utitur astutiis illis, quas regulae lusus et consuetudo recepta patitur; cum uterque sciat, tales astutias esse solitas et sic tacite in illas libere consentiat. Azor. Filliuc. Less. Bonac. l. c. p. 2. n. 2. ver. gr. 1. Si potiores chartas habens et securus de victoria augeat sponsionem, vel simulet metum, ut adversarius augeat. 2. Si sciens se inferiores chartas habere, dissimulet augeatque sponsionem, ut sic relinquatur sibi, quod erat appositum. Card. Lug. Sanch. Sal. Dian. p. 7. t. 9. r. 43. 3. Si inspiciat chartas alterius, ex sola ipsius negligentia et absque fraude; secus, si ita se collocet, ut possit videre vel si alium constituat, a quo admoneatur. 4. Si chartas a tergo discat nosse inter ludendum, quas ante non signarat nec noverat. Trul. Sanch. Lug. Dian. p. 4. t. 9. r. 50. et 52.

600. Nihil est addendum.

CXXXVI. 10. Qui vero utitur fraudibus non adhiberi solitis vel colludenti ignotis v. g. suffuratur chartas, vel signis a tergo notat, vel utitur notatis, aut iis, quas ante novit, ignorante socio, vel arte quadam eas componit etc. tenetur restituere non tantum lucrum, sed etiam quantum alteri valebat spes lucrandi, imo etiam colludenti. Reg. Amic. Trull. Dian. l. c. r. 42. vid. etiam p. 4. t. 3. r. 25. et Bon. *de Rest.* d. 2. q. 3. p. 2.

601. * Patet ex iam dictis sub resol. 3. Addit A. debere, qui fraude usus vicit, restituere quoque pro spe lucri, quam alter habebat; modo, subdit s. Alph. n. 882., in colludente potior fuerit spes lucrandi, quam periculum perdendi; quia in eo casu spes illa, quae per fraudem in irritum mittitur, iam aliquo pretio digna erat. Si autem certum erat colludentem fuisse lucraturum, si fraus abfuisset (quae certitudo tamen rara erit), debet fraudans totum illud lucrum amissum compensare. *

CXXXVII. 11. Si ludens habeat animum non solvendi, vel si perdat, repetendi, non potest lucrari atque adeo nec retinere, quod est lucratus; quia fraudulenter decipit, nec alter vellet cum eo ludere, si id sciret. l. c. d. 5. n. 31. Regin. n. 388. Bon. l. c.

602. * Tria distinguenda sunt, contractus, solutio, repetitio soluti. Haec locum habebat in iure romano, quod, ut diximus n. 577. iis, qui solvissent in ludis vetitis, actionem concedebat repetendi solutum. Hanc actionem iura nostra negant exceptis quibusdam qui aut alienare prohibentur, aut quibus beneficium restitutionis in integrum conceditur (cf. not. n. cit.). Etiam ius Austriacum negat actionem repetendi solutum. Cf. De-

lama l. sup. cit. At eadem iura negant actionem petendi quod propter ludum quis lucratus est: ut idcirco victus possit impune non solvere, certis apud nos ludis exceptis, quos in cit. nota memoravimus. Nec sermo est apud nos de ludis vetitis, nulli enim lege nostra civili prohibentur: quamvis certae domus aut mensae ludis aleatoriis destinatae alicubi interdicantur, eo quod bonis moribus adversantur.

Fieri ergo potest, ut quis ludens habeat animum non solvendi, si perdat. Qua in re advertatur, quod lex negans actionem civilem, nec prohibet nec irritat contractum neque proinde tollit obligationem naturalem dum adest. Iam vero cum contractus ludi iustus est, debitis proinde fretus conditionibus, quas diximus; manifestum est, obligationem naturalem haberi solvendi: necesse est scilicet ut solvas, quod in contractu oneroso promisisti, quando alter conditionem implevit, sub qua est facta promissio atque idcirco obligatio est in conscientia.

Quod si contingit subinde te ab hac obligatione excusari, id fit quia aliqua iniustitia aut turpitudo in ipsa promissione et solutione intercedit, ut cum aleae exponis ingentes summas, quas solvere peccatum est vel prodigalitatis vel iniustitiae aut impietatis erga eos, qui creditores tui sunt, aut quorum curam gerere debes.

603. Itaque qui verbo tenus contraheret, non habens animum contrahendi seu se obligandi in ludo, hic deberet restituere quod acquirit; quia reapse nullus est contractus et nullus est idcirco titulus iustae retentionis.

An idem dicendum, si quis ludat animo non solvendi? Si hic animus huc redit ut nolit *se obligare* ad solvendum, profecto perinde est ac si nolit contrahere idemque dicendum ac prius.

604. Sed quid si statuat tantum se non positurum *factum solutionis?* Non videtur repugnare, quod quis velit contrahere obligationem ludi ideoque obligationem solvendi, si perdat et simul huic obligationi (etsi sciat id peccatum fore) nolit facere satis, utens beneficio legis, quae ipsum non solventem impune abire permittit. Nam quemadmodum fit, ut voluntas nolit facere satis obligationi, quam iam contraxit, ita potest nolle facere satis obligationi, quam nunc contrahit. Sane idem est obiectum voluntatis utroque in casu nec voluntas non solvendi excludit voluntatem se obligandi; nam solutio est factum consequens ad obligationem, qua manente, deesse potest: quid ergo prohibet ne quis velit (utique perverse) obligatione ligari et actum, ad quem obligatur non facere? Cf. Lugo n. 54. seqq. Atque simile iam innuimus de iuramento agentes n. 65.

Quocirca contractus hoc pacto initus ut desit solum in altero voluntas faciendae solutionis, non est contractus irritus, sed validus; cum in utro-

que sit voluntas se obligandi. Sane paritas, quae essentialiter requiritur in utroque ludente, sita est in obligatione, quam sibi mutuo imponunt solvendi promissum: quoad factum vero ipsum liberatae fidei, quod libere omittere possunt, unusquisque relinquitur suo ingenio suaeque fidelitati, ait Lugo n. 56.

Videtur ergo, quod qui tali animo ludit, retinere possit praemium si vicerit, obligatus in conscientia manens ad solvendum si perdat, quamvis abutens beneficio legis, non solvat. Cum praesertim, etsi alter accedat animo solvendi, possit semper, si velit, mutato animo, negare impune solutionem idque utrique ludenti constat. Cf. s. Alph. n. 889., qui id censet probabilius.

In praxi tamen non sunt de hac re admodum solliciti ludentes; quia, quamvis lex *civilis* non faveat victori, at ipsi favet lex *honoris*, quae generatim est efficacior, in detrimentum etiam honestatis et iustitiae.

605. Si vero ludentes contrahant sub pacto expresso ut, praetermisso beneficio legis, solvant nolintque invicem contrahere nisi uterque habeat animum solvendi, tunc deficiente in alterutro hac voluntate, contractus erit nullus et sic ipse in conscientia non poterit retinere quod vicerit. Exterius vero res parum proficiet, quia et pro ludis hoc pacto initis negant iura actionem ad petendum debitum *.

CXXXVIII. 12. Peccant graviter et communiter mortaliter, qui totos se lusibus tradunt, cum sciant in gravia se inde peccata labi, aut impotentes reddi ad solvenda debita, vel alendos liberos et uxorem etc. Sanch. Trull. c. 27. dub. 1.

606. Res clara est.

CXXXIX. 13. Peccat item ludens, si lusus lege positiva sit prohibitus, ut lusus alearum et similes, qui magis in fortuna et casu, quam in industria fundantur. At laicis ratione circumstantiarum sub veniali, clericis sub mortali prohibentur. Less. l. 2. c. 26. n. 6. Intellige, si clericus crebro perque longum tempus luserit, non autem si per breve tempus et causa recreationis et absit scandalum; quia Canones id prohibentes non videntur recepti, nisi quatenus id fieret cum periculo scandali, ut habet Less. dub. 1. Laym. l. 3. tr. 4. c. 21. n. 1. Notat autem Dian. par. 7. t. 5. r. 2. et 3. ex Lug. Dicast. Amic. Trull. etc. praedictis legibus per contrariam consuetudinem ita derogatum esse, ut non tantum laicus, sed etiam clericus non peccet, si principaliter pro recreatione et simul pro lucro moderato ludat chartis vel aleis: in Religiosis tamen (apud quos disciplina regularis viget) uti et Episcopis, a peccato gravi excusari vix posse. ibid. res. 4. ex Molin. Dicast. Lugo etc.: etsi Sanch. conetur excusare, si urgeat necessitas, verbi gratia excitandi aut recreandi infirmum, vel si parum ludat ob solam recreationem.

607. * Si lex positiva sit iusta et non pure poenalis, peccatum est eam transgredi et si materia gravis sit, peccatum erit mortale. De lege canonica quoad laicos iam diximus n. 538.: quod spectat ad Clericos et Religiosos dicemus, ubi de statu Clericorum et Religiosorum agendum erit *.

CXL. 14. Si quis ludo tali vetito lucratus fuerit, iuxta sententiam probabiliorem non tenetur ad restitutionem ante iudicis sententiam; quia iura non annullant contractum nec impediunt acquisitionem dominii, sed tantum concedunt, ut possit repeti. An vero qui tali lusu perdidit, teneatur postea adhuc solvere, alii negant ut Less. hîc dub. 5. Molin. Regin. Fill. etc.: alii affirmant, ut Azor. Reb. Valer. etc. apud Bon. l. c. p. 3. n. 2. V. Dian. p. 2. tr. 7. r. 8. et p. 7 t. 9. r. 21.

608.* Supponit A. lege positiva ludos quosdam vetari. Quae prohibitio duplex esse potest; talis nimirum, ut irritet quoque contractum, vel talis ut solum et neget victori actionem petendi debitum et conferat victo actionem ad repetendum solutum. Si prohibitio sit priori modo, patet victum non debere solvere, nec victorem posse retinere solutum; deest enim titulus validi contractus: ideoque et victum, si ex errore solverit, posse sibi occulte compensare. Sicubi ergo tales leges vigeant, haec erit ratio agendi.

At si prohibitio sit altero modo, cuiusmodi erat in legibus romanis, dicendum 1. victorem retinere posse quod est sibi solutum, antequam sententia iudicis compellatur reddere; quia contractus, ut supponitur, naturaliter valet naturalemque gignit obligationem et proinde pretii accepti victor dominus evadit: quod dominium a iure civili supponitur, tantum abest ut ab eo irritetur. 2° Interveniente, ad querelam victi, sententia iudicis damnantis victorem ad restitutionem, hunc non posse quod accepit retinere; quia legitime eius dominio privatur. 3° Victum, qui solvit, non posse praetermisso ordine iudiciali, sibi occulte compensare, auferendo rem vel aequivalens a victore; quia ante sententiam iudicis, victor est vere rei dominus: auferre autem rem a domino invito est furtum vel rapina.

609. Quaestio autem fit 4° an victus teneatur, exacto ludo, solvere, etsi quod solvit, sit deinceps in iudicio repetiturus.

Adverte (ex Lessio c. 26. n. 21.) quod lex romana non est proprie in poenam ludi, sed solum in favorem victi; alioquin etiam victus, qui pariter lusit et forte provocavit ad lusum, puniendus esset, detracto ei praemio, quod illi soli tamen restituendum edicitur, non fisco aut aliis. Est scilicet lex dispositiva aequi et boni, ne facile suis bonis cives priventur.

Itaque ad q. propositam respondent quidam affirmantes; quia, donec sententia iudicis intercedat, naturalis obligatio adest in victo et naturale ius in victore et neutrum a iure irritatur. Communiter tamen et probabiliter, ait s. Alph. n. 890., negatur; cuius negationis potiorem rationem censet s. Doctor esse, quod ad actum inutilem obligatio non datur ideoque lex quae lata est non tam in poenam victoris, quam in favorem victi, dans victo ius repetendi, censetur quoque dare ius non solvendi: ad quid enim hic tenetur solvere, si potest solutum statim repetere? Sane, ut di-

citur l. *Invitus* §. l. Dig. *de Regulis Iuris:* « cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit ».

Poterit ergo victus semper excipere contra victorem petentem: qui autem excipere semper potest adversus petentem, cur tenebitur dare? Id valere Lugo censet disp. 22. n. 302. (ad quem provocat disp. 31. n. 70), etiamsi victus ob verecundiam non haberet animum excipiendi et repetendi in iudicio, propter rationem iam latam; lex enim in eius favorem lata et concedens exceptionem in iudicio, eo ipso videtur concedere tacite retentionem: qua concessione posita, etsi actio iudicialis a te non intentetur, licita erit retentio.

Imo etsi nolit in iudicio repetere, minetur tamen victori se repetiturum et his minis eum adigat ad restitutionem, iuste recipiet quod dedit; quia eius abstinentia ab actione iudiciali utilis adversario est ac digna pretio et quidem tantumdem valet quantum id quod repetendum esset, praeter expensas, quas reus facturus esset.

610. Quaeritur 5. an victo repetente in iudicio, si victor impediat, ne iudex contra se sententiam ferat, teneatur nihilominus restituere. Respondetur, quod si vi aut dolo impedit, tenetur; quia iniuriam facit repetenti, qui ius habet ne impediatur vi aut fraude a consecutione sui iuris: cui idcirco impediens debet compensationem praestare. Si autem, seposita vi, fraude aut dolo, alio modo, puta precibus obtineat ne sententia feratur, ad nihil tenetur; quia ita impediendo, nulli iniuriam fecit et alioquin ipse est dominus rei acceptae.

Quid si victor a iudice interrogatus neget se lusisse vel se accepisse et neget, cum licet reo negare crimen?

Si ageretur de poena, licite negaret et non accedente sententia damnante, liber esset a restitutione. Verum, ut diximus ex Lessio, haec non est poena, sed dispositio pro tuendis bonis civium; agitur ergo de iure actoris tuendo, quod non est mendaciis impugnandum. Cf. et Lugo n. 64 *.

611. Porro fieri potest, ut ludentes paciscantur se cedere beneficio legis concedentis repetitionem. Etsi vero uterque cedat, potest tamen victus adhuc repetere, si cessit ante quam solveret; quia lex lata est pro bono communi et ex iure (loquimur de lege romana) ea cessio est invalida. At si cedat postquam solverit, tunc cessio accedens solutioni, speciem induit donationis, quae est irrevocabilis per se. Lugo n. 65.

612. Si autem renuntiaverint beneficio legis cum iuramento, distinguit s. Alph. n. 891. Si iuraverint solum se soluturos, id non obstat, quominus victus repetat quod solvit. Si iuraverint non repetituros, nequit in conscientia victus repetere; quia cum iuramentum sit de re licita, servandum est, cum fieri potest. Nisi aliqua positiva lex promissionem non

repetendi in ludo vetito, tanquam contra bonos mores irritaverit. Cf. *de Iuramento* n. 91.

An vero qui iuravit, possit petere relaxationem iuramenti, pendet ex iis quae diximus *de Iuramento* n. 115. ex s. Alphonso. *

CXLI. 15. Ludere pro Psalmo vel Oratione Dominica recitanda, non est peccatum nec irreverentia. Nav. Rebel. Sanch. Dian. p. 7. t. 9. R. 1.

613. De hac re iam superius n. 576. locuti sumus.

614. * Ludis aleatoriis accensendus est *lotto* (sic dictus ex vetere germanico *lot*, nunc flexo in *los*, quod est *sors*), qui etiamnum a quibusdam Guberniis usurpatur. Is definiri potest: contractus, quo, ad certam rem vel certam pecuniae summam in medio positam pluribus certum pretium solventibus, ius acquiritur illi cui sortitio obtigerit. De honestate huius contractus duplex quaestio fieri solet: 1° an in se sit licitus: 2° an bonis moribus et utilitati civium conducat permissio huius ludi publici et omnibus obvii.

Quod spectat ad priorem quaestionem, habes emptionem certo pretio iuris incerti.

Haec emptio iusta erit, si proportio servetur inter parvitatem pretii et magnitudinem incertitudinis, collata simul tamen magnitudine praemii. Cum non singularibus numeris, sed binariis, ternariis, quaternariis, quinariis (a) etc. ius acquisitionis annexum est et ingens est numerus ementium, dominus loteriae magno solet beneficio sortis uti et multum lucrari. Ait cl. Lehmkuhl v. 1. §. 1137. post Gury v. 1. § 943., non debere eius lucrum, plus excedere, quam quod aliter in honesto negotio, si pecuniam impendisset, lucraturus esset. Quae lex forte est paulo durior. Nam 1° in ludis aleatoriis vel mixtis ex alea et industria, ut est ludus chartarum, contingit aliquem, pecunia sua deposita, plus lucrari, quam si eam pecuniam impendisset negotiationi nec ideo iniustus censetur ludus.

Iustitia est in aequalitate periculi inter ludentes et in aequalitate spei, non in aequalitate lucri ex ludo et ex negotiatione. Cur enim ratio lucrandi eadem semper esse debet? Proprium est ludi, ut interveniat sors, cui ludentes sponte se subiiciunt et cuius favore fieri potest ut illud lucremur quod industria nostra non pareret nec ipsum capitale per se exigeret. En ludis cum amicis ludo chartarum, deponentibus singulis 100. francos: post paucas horas exacto ludo, reperis te habere 300.: an tan-

---

(a) Combinationes, 90 exsistentibus numeris, sunt:

Ex duobus (ambi)	4005
Ex tribus (terni)	117480
Ex quatuor (quaderne)	2555190
Ex quinque (cinquine)	43949268

Quam facilis est victoria!

tandem tam brevi tempore obtinuisses, si impendisses 100. francos negotiationi? Idem dic de sponsione: spondes mille aureos, paulo post vincis; habes bis mille: an simile est lucrum negotiationis?

2º Dominus loteriae publicae non semel ludit, sed paratus esse debet sequentibus vicibus ludere; se habet enim ipsa ad modum institutionis perennis: pensanda sunt ergo et pericula, quibus in posterum dominus obiicitur et necessitas faciendi satis omnibus victoribus, qui sint futuri.

Itaque ut iustitia ludi salva sit, non putamus necessariam esse huius legis observationem.

Non opus est autem monere, abigendam esse omnem fraudem in extrahendis numeris seu schedis.

615. Ad alteram quaestionem quod spectat, si res historice consideretur, patet eius occasione foveri in popello aestuosam sitim lucri, miseriam familiarum, desperationes, blasphemias aliaque mala. Haec tamen non per se ex ludo oriuntur, sed ex vitio hominum, qui ludunt, nemine cogente, cum non deberent.

Permissio idcirco huius ludi publici non est permissio mali per se, sed per accidens.

Talis autem permissio honestari potest ex aliquo recto fine et bono magni momenti, quod utile vel necessarium sit reipublicae, si praesertim media praesto sint, pro maioribus inconvenientibus amovendis.

Ita si lucrum ordinetur ad expensas faciendas pro hospitalibus aliisque piis locis egentibus, quo pacto pecunia rediret ad fontem unde processit: tum si religiosa doctrina sollicite praedicata doceat clare patres aut matres familias, quem modum adhibere oporteat in ludo, ut non nisi sibi ipsis imputare debeant, si in ludo per se licito modum excedant *.

APPENDIX

* DE LUDIS SEU OPERATIONIBUS *

Bursae commercii.

616. Ex principiis hactenus traditis expediri possunt quaestiones circa eos contractus, qui in Bursa celebrantur; non enim hi differunt a praecedentibus, si excipias forte fraudes, frequentes et exitiosas, quae tamen sunt extrinsecae contractibus et civilibus legibus prohibitae; reguntur enim Bursae publica auctoritate.

Bursa, nomen non ignotum latinis; exstat enim inter cognomina Romanorum, sed pro re, quam nunc significat, ex vulgaribus linguis desumptum, heic accipitur pro certo loco, ubi quaedam negotia aguntur et definitur: *locus auctoritate publica constitutus pro commutationibus va-*

lorum, quo conveniunt negotiatores et eorum mediatores, ut sua negotia commercialia facilius expediant. Angli, qui hac in re facile omnium sunt magistri (Iudaeis absque dubio exceptis), non bursam dicunt locum istum, sed, ut exprimant obiectum, quo spectant operationes, quae ibi fiunt, vocant *valorum permutationem* (Stocks-exchange, scambio di valori o fondi pubblici). Est scilicet bursa, formaliter spectata, permutatio seu mercatus valorum, utique mobilium, qui tot papyrorum speciebus repraesentari solent. In Bursa nulla est merx, nulla res naturalis usui hominum inserviens; sed conventiones omnes versantur circa *titulos, litteras cambii, litteras commerciales* aliosque *valores, qui repraesentent creditum.*

617. Si res ipsa spectetur, Bursa est antiqua satis. Parisiis se prodit sub Philippo Pulchro, ineunte sec. XIV.: Parisios anteverterat Lugdunum, ubi prima Bursa auctoritate publica fuit erecta: quo valorum permutatores conveniebant ex Germania et Flandria, ex Longobardia et Florentia aliisque locis. Cf. les Operations de bourse etc. par l'Abbé Deville, Lyon 1884.

Sane quemadmodum opus fuit nundinas celebrari mercium rerumque victui et ceteris usibus necessariarum, ita opus quoque fuit, in bene ordinata republica, locum et facultatem exsistere mercatui *valorum:* sunt enim et ipsi obiectum contractus valde utilis tum privatis tum communitati.

618. Bursa patet omnibus, qui de rebus suis possint disponere quique emere aut vendere velint valores. Verum, quia non adeo facile venditurus emptorem sibi idoneum reperiret ac vicissim, extant ibi etiam *Mediatores* sive *alienorum negotiorum Gestores* seu *Agentes* et praecipue qui vocantur *Agentes cambii* (les agents de change), qui aliena negotia inter se transigunt. Circa quos, quid debeant et quid possint, consulendae sunt leges singularum regionum.

619. Ut ergo operationes, quae in Bursa fiunt, breviter exponamus, hae dividuntur primo in eas, quae peraguntur *numerata* pecunia et in eas quae peraguntur *credita* pecunia.

Quae peraguntur numerata pecunia, nihil habent peculiaris; sunt quaedam emptio venditio, identidem cum speculatione seu negotiatione coniuncta. Vult quis reditus annuos 300. francorum percipere? emit titulos aliquos, quorum annuus reditus est 3 %: emit autem eo pretio, quo venduntur. e. gr. 80. francorum atque tot emit, quot sufficiunt ad reditum 300. francorum: dat scilicet summam 8000. francorum et obtinet singulis annis reditum expetitum. Reapse est simplex quaedam emptio venditio seu quidam contractus census, quo, data pecunia, emitur ius ad certos fructus. Heic nulla est speculatio seu negotiatio. Si autem emens titulos

seu valores, qui nunc reddunt reditum 300. francorum, sperat eos deinceps auctum iri et idcirco intendit eos vendere cum lucro, tunc intercedit speculatio et homo negotiatur.

In his nulla est difficultas et quibus licet negotiari, licet et alterum.

620. Alia est operatio, quae peragitur credita pecunia. Haec peragitur ad certum temporis terminum, qui iam in statutis bursae definitus est et est vel 15us dies vel ultimus mensis currentis vel ultimus sequentis, iuxta consuetudines aut leges singulorum locorum. Hic dies vocatur dies *liquidationis*, sive quia in eo negotium liquescit h. e. desinit sive quia negotium ad liquidum h. e. exploratum et manifestum adducitur.

Est autem duplex operatio seu mercatus ad terminum; mercatus nempe *fixus* et *liber*.

Iam vero operatio ad terminum fixa duplici modo fit. Prior *realis* vocatur et in hoc est sita. Venditor et emptor nunc se obligant, alter daturum titulos, alter eorum pretium, quo nunc aestimantur, adveniente die liquidationis atque eo die reapse fit permutatio titulorum et pretii. Uterque sperat se hoc pacto lucraturum; si enim valor titulorum interea crescit ut maior sit die liquidationis, lucratur emptor: e contrario, si minuitur valor titulorum, lucratur venditor. Utrinque periculum, utrinque spes, quemadmodum in sponsione: sagacitati tamen cuidam et prudentiae est locus non secus ac in ludis; quocirca talis contrahendi modus probandus est, sicut probatur sponsio et ludus.

Alter modus a priori essentialiter non differens, dicitur *manifestus* (a decouvert) quia in eo indoles sponsionis magis est manifesta et in hoc est situs, ut uterque, venditor et emptor se obligent solum ad *differentiam* solvendam. Nimirum si lucratus est emptor, venditor non dat titulos sed solum excessum valoris, prae illo, sub quo empti sunt; pariter si lucratur venditor, emptor non solvit integrum pretium, sed excessum prioris pretii statuti, prae illo quod die liquidationis valent.

Manifestum est, huiusmodi contractum non esse nisi quandam sponsionem et idcirco iisdem legibus regendum. Atque in utroque casu, si qui dum contrahit, habet quod promittit, vel merito sperat se habiturum tempore definito, licite contrahit, secus non: cum possit is lucrari, non perdere: quod est contra aequalitatem in sponsione.

Qui sic ludunt, dicuntur ludere sive *ad depressionem* (a la baisse) sive *ad elationem* (a la hausse); nimirum qui sperat valorem titulorum augendum eosque emit, ludit ad elationem: qui timet eorundem valorem minuendum eosque vendit, ludit ad depressionem: spondet videlicet alteruter vel depressionem vel elationem.

Vitium accedere potest huic contractui, si dolo obtineatur ut valor die liquidationis crescat aut decrescat falsis ex. gr. sparsis rumoribus, quibus

aliter ac est, pingatur conditio regni, societatis etc., quae titulos emiserunt etc.

In hoc mercatu lucrum intenditur, sed talis intentio non sufficit ad negotiationem: negotiatur vero qui valores emat eum in finem ut postea cum lucro vendat atque id facit.

621. Mercatus seu operatio ad terminum *libera* differt a praecedenti, quod illa est conventio *irrevocabilis*, haec *revocabilis*. Scilicet emptor emens titulos, reservat sibi, certo pretio statim soluto, ius aut exigendi die liquidationis, exsecutionem contractus, aut resiliendi a contractu, relicto venditori pretio illo iam dato. Hic dicitur ludere ad praemium (a prime).

Cum illud ius, quod venditor concedit, sit pretio aestimabile, si reapse pretium, quod emptor remittit, illi respondeat, contractus iustus est. In Bursa autem definiri solet, habita ratione concursus vendentium et ementium, quantitas huiusmodi pretii, quod sic legitimum evadit et idcirco si illud solvatur, iustitia erit in tuto.

622. Ex his simplicibus operationibus aliae complexae magis coalescere possunt et analysi facta, de iis, iuxta tradita principia, iudicandum erit. Ex huiusmodi vero complexis, unius tantum apud tractatores rei Moralis mentionem reperio. Ea est, quae a Gury (*Casus conscientiae, de venditione* c. 17.) vocatur *relatio* (report) *mercatoria*, quamvis vox latina *relatio* conceptum rei non exhibeat. Reipsa ille est contractus, quem C. Ital. Commercii (vocans: *contratto di riporto*) sic definit: *Constituitur emptione, quae fit statim soluto pretio, titulorum crediti in gyrum commercii euntium et contemporanea revenditione ad terminum, pretio determinato, eidem personae, titulorum eiusdem speciei.* Ut validus sit contractus, necessaria est realis traditio titulorum. Horum proprietas transfertur in emptorem. Partes convenire possunt, quod praemia, solutiones, fructus, quae obtinenda sint propter titulos, cum terminus adveniet contractus, sint venditoris. Ita art. 73.

623. Gury exemplum ponit huius contractus adhibiti in subsidium alterius, atque ita Gallus Doctor exemplum proponit.

« Cornelius, procurator ad venditionem censuum (agent de change), emit pro cliente suo censum 300. francorum, pretio 7000. francorum, ea conditione, ut titulus clienti suo transferatur et pretium solvatur post 15. dies. Optime scit Cornelius clientem suum non habere prae manibus, quomodo 7000. francos solvat; sed ita ratiocinatur: adveniente statuta die, iam titulus non solum 7000. francis, sed 7060. valebit; quare perfacile erit emptori titulum iterum vendendo, pretium emptionis solvere et 60. francorum lucrum percipere ».

Sed adveniente die, tituli valor, quin augeretur, decrevit nec pluris,

quam 6950. vendi potest. Itaque Cornelius in his versatur angustiis, ut, nisi cliens titulum vendat, non habeat, unde solvat: si autem vendat loco lucri 60. francorum, quod sperabat, 50. francorum damnum passurus sit. Quid ergo faciet? Vellem, ait sociis ibi adstantibus, referre (prorogare) operationem hanc ad 15. dies (reporter cette operation à quinzaine) ».

« En ego, respondet Caius: cliens meus paratus est clienti tuo praebere officium relationis (l'office de reporteur). Vende igitur clienti meo titulum pretio currenti 6950. francorum, sub ea conditione, ut statim clienti tuo revendatur 7050. francis post 15. dies solvendis. Quin potius, inquit Sempronius, negotium habeas cum cliente meo, qui tibi 7040. francis revendet? Et quin potius cum meo, exclamat Laelius, qui 7030. francos exposcet? »

« Optime, inquit intra se Cornelius, praevideo post. 15. dies, titulum, de quo agitur, valiturum esse 7060. francis: rem igitur peragam cum cliente Laelii et etiamsi ab illo cliens meus titulum redimat 80. francis carius, quam vendiderit (6950.-7030.), erit tamen post 15. dies lucrum 30. francorum; cum vendi poterit 7060. francis titulus, pro cuius pretio 7030. franci clienti Laelii solventur. Res ergo ita peragitur ».

« Quaeritur, utrum cliens Laelii tanquam usurarius damnandus sit, eo quod ex 6950. francis, 80. francos lucri post 15. dies retulerit ».

624. Respondemus ex ipso Gury. 1° heic nullum esse mutuum et idcirco nec locum esse posse usurae, sed haberi duos contractus venditionis emptionis, ita quidem ut prior acceptetur a cliente Laelii sub conditione acceptationis alterius faciendae a cliente Cornelii. Haec ratio agendi nullam per se continet iniustitiam. Quemadmodum rogatus emere, possum conditionem aliquam apponere meae emptioni, licet mihi et hanc statuere, ut venditor aliud a me emat. Si vis mihi vendere agrum, possum consensum emptioni praebere, sub conditione, quod tu emas meam domum, quam volo vendere. Quod autem eadem sit res, quae utroque contractu venditur, id nihil refert; nam per priorem contractum ea translata est in dominium alterius, qui eam potest, sicut quamlibet aliam rem suam vendere: quocirca natura duplicis contractus formaliter et materialiter manet.

2° In secundo contractu res venditur ad terminum pluris quam empta sit: sed id ex eo provenit, quod intra breve spatium temporis, pretium horum titulorum, secundum communem existimationem, mutatur. Ex eo autem quod res est probabiliter valitura die liquidationis, potest venditor normam sumere pretii exigendi, quin opus sit perpendere quanti ei nunc valeat. Hic ergo novus contractus est contractus quidam aleatorius ex superius descriptis, in quo tum vendens tum emens lucrari potest.

3° Quamvis ergo exsistat obligatio reemendi eandem rem: quia tamen heic nulla obligatio imponitur, quae damnum per se inferat debitori, nequit huic contractui vitium imputari illius contractus, qui dicitur *Mohatra*. Cf. supra n. 414., ubi diximus vitium *Mohatra* in hoc proprie esse videri, quod absque causa obligatio imponatur debitori, quae certum damnum ei infert.

Si autem, praecisione facta ab hoc speciali casu, quem Gury refert, contractus hic duplex vel circa eandem rem vel res similes a duobus sponte ineatur, nec species illiciti contractus Mohatra habebit locum.

Dub. XV.

Quid sit Assecuratio et Fideiussio.

CXLII. Resp. 1. Contractus Assecurationis est, quo quis alienae rei periculum in se suscipit, obligando se, vel gratis vel pro certo pretio, ad eam compensandam, si perierit. Quod si gratis fiat, est gratuita promissio: si pretio, est quasi emptio, qua assecurans vendit suam obligationem praestandi alteri rem eius indemnem. Ad eius iustitiam requiritur, ut eventus rei sit incertus utrique, saltem quoad notitiam, quam de eo habent: quia alioqui non servaretur aequalitas. Less. Bonac. d. 3. q. 9. p. 3. Less. l. 2. c. 28. d. 4. n. 24.

625. * Clara est definitio: adverte cum Lugo disp. 31. n. 93. communiter intelligi contractum onerosum, quo assecuranti, pro obligatione suscepta, pretium solvitur; ita enim solet contractus iniri (a).

Obiectum contractus est obligatio, quam suscipit assecurans, indemnem alterum in eius re periculo exposita servandi. Hanc obligationem pretio dignam vendit assecurans et emit assecuratus: idcirco contractus ad venditionem emptionem revocatur ideoque consensu perficitur.

Contractus hic similis est sponsioni vel ludo; quatenus uterque contrahens fortunae se committit.

Assecuratio porro, ad quam alter se obligat, non in eo est sita, ut reapse periculum quod timetur, caveatur, ut e. gr. merces navi vectae portum vere attingant; quod frequenter est impossibile et cum fieri potest, ad alios spectat, quam ad assecuratores: sed in eo est, quod compensatio detur, si res perierit, ut ait A. Sic enim res assecuratae censentur, quando iis pereuntibus, valor tamen earundem manet.

626. Materia, circa quam contractus assecurationis versatur, sunt res omnes, quae usibus nostris inserviunt, immobilia, mobilia, fundi fru-

---

(a) In iure Ital. Cod. Comm. art. 417. assecuratio rerum definitur: contractus, quo assecurator se obligat, mediante praemio, ad resarcienda detrimenta et damna, quae assecurato provenire possunt ex certis casibus fortuitis aut ex vi maiore (cui nempe resisti non potest) aut solvere summam pecuniae secundum durationem vel eventus vitae unius sive plurium personarum.

ctus etc. In nostris autem codicibus sermo est etiam de *assecuratione vitae:* ea tamen huc redit, ut assecurans se obliget, utique mediante praemio, ad solvendam certam pecuniae summam, iuxta durationem aut eventus vitae sive unius sive plurium personarum. Ita cit. in nota C. Ital. Comm. art. eodem. Nonne id perinde videtur, ac census quidam vitalitius? nisi assecuratio eo spectet ut hic ipse census assecuretur.

Ait Lehmkuhl V. 1. n. 1131.: « Assecuratio vitae sic intelligitur, ut accidente morte alicuius, eius heres (vel designata persona) certam summam recipiat ». Hic erit forte specialis casus assecurationis huiusmodi. At in C. Ital. cit. art. 449. obiectum huius assecurationis sequens exhibetur: solutio nempe alicuius summae pecuniae iuxta durationem aut eventus vitae proprie vel alterius. Sed quocumque rem verses, in illud semper incidimus, ut res quaedam seu pecunia assecuretur.

Utilitas huius contractus negari nequit. Sic enim fit ut negotiatores absque timore merces suas mari terraque transferant, ut possidentes rebus suis tranquille fruantur et ad nova molienda opera, quorum valor non est ipsis interiturus, facile promoveantur etc. *

627. Conditiones iustae assecurationis hae recensentur a Theologis. 1. Prima, ut pretium sit aequale periculo, pro quo assecurator se obligat: periculum autem in concreto non intelligitur, nisi habeatur ratio et rei expositae periculo et summae pro ea solvendae ab assecuratore. Aequalitas vero pretii cum periculo, morali modo e iudicio prudentum aestimanda est; non enim est res in indivisibili sita, sed habet summum, medium et infimum. Monet tamen Lugo n. 94. quantitatem pretii considerandam esse ex quantitate periculi tempore contractus, non ex rei eventu.

Ratio huius conditionis manifesta est; pretio enim emitur obligatio assecuratoris, quae tanti fit, quantum est periculum, non amplius.

Altera conditio est dubitatio de eventu apud utrumque contrahentem. Si enim assecurans certo sciat rem iam esse in tuto vel alter sciat rem iam periisse, nullus est contractus; quia nec ille aliquid assecuraret nec iste petere potest assecurationem rei, quae non est.

Tertia conditio est, ut assecurans possit vel per se vel per alium, cum iure postulabitur, solvere quod spopondit. Obligatio enim ad impossibile nulla est nec ullo pretio digna.

* Quarta conditio est, ut dummodo iustitiae non adversentur, serventur leges locorum, ubi contractus initur.

Aetate nostra assecurationes non a singulis personis, sed a societatibus publica auctoritate probatis, praestari solent, quibus eadem auctoritas leges praescribit.

628. Itaque ad primam quod spectat conditionem, an putabimus eam

abesse hoc ipso quod societates assecurationum ingens lucrum referant? sive dicemusne eas teneri in hac hypothesi pretium minuere?

Si id aliquando contingat, ut vicissitudo sit in augmento et decremento lucri, non videtur societas obliganda ad mutationem pretii; res enim adhuc incerta est nec cogi potest societas ut debitum lucrum amittat. Cum praesertim in statuendo pretio, ratio sit quoque habenda expensarum, quae pro constituenda et conservanda societate faciendae sunt, quae est omnibus utilis. Si autem pluribus continuis experimentis constaret, pericula rara esse (quod ex ea, quae statistica dicitur, facile dignosci potest) et lucrum respondere periculis excogitatis quidem ab initio sed non realibus, ita ut ingens sit excessus lucri e. gr. 20 $^0/_0$: tunc videtur cl^0. Lehmkuhl, pretium assecurationis minuendum esse (vol. I. n. 1135.). Quod tamen evidens non est; si pretium quod singuli solvunt comparatum cum periculo, quod pro singulis subit societas, iustum sit. Potest enim quis pretium suae operae, quae aeque duobus ac uni prodest, integrum a duobus exposcere et sic absque alicuius iniuria lucrari. Tunc enim excessus lucri videtur fructus industriae, qua societas valuit plures comparare, qui secum contraherent. Quibus auctis et multiplicatis contractibus lucrum augetur. Cf. quid simile n. 568.

Ceterum talis societas assecurationis, se ipsam brevi interimeret, ita se gerens. Nam statim aliae excitabuntur societates, quae minori pretio idem periculum subibunt; quod si non fiat, nisi causae sint extraordinariae, quae id impediant (puta civilis auctoritas), argumento esse poterit saltem probabili, pretium a priore societate postulatum, non excedere fines iusti pretii.

629. Quod spectat ad secundam conditionem, quaerunt Theologi, an pretium exposcere possit assecurator ex. gr. transvectionis maritimae, si dum contrahit, iam ex scientia astrologica (seu meteorologica) sciat non futuras tempestates, ex litteris amici noscat non futuros piratas, dum propter horum periculorum timorem assecuratio petita est. Lug. n. 96.

Reapse haec media notitiam certam non gignunt et sunt alia pericula, in confuso saltem apprehensa, quae timeri possint et quae assecurator subire cogitur.

Sed si supponas possibilia non esse pro eo tempore nisi ea pericula et assecuratorem certo scire eadem abfutura, redit principium, quod si res non est utrique dubia, dum contrahit, contractus iniustus est ex parte eius, qui rem novit et is tenetur restituere solutum.

Lessius tamen l. 2. c. 28. n. 27. innixus duplici principio, quod hic contractus sit quaedam emptio venditio et quod in venditione pretium iustum exigitur ad communem aestimationem, quae iis privatis notitiis non minuitur, censet assecuratorem pretium exigere et retinere posse,

quandiu durat communis existimatio periculi et idcirco pretii pro eo debiti.

Quae sententia non placet Lugo l. c. Nam privata notitia si sit circa ipsam substantiam rei et vera sit, etsi communis existimatio aliter habeat, quia aliud supponit, vitiat contractum exactum ad normam falsae communis existimationis. Sic si tu scis certe vitrum esse quod omnes putant gemmam ideoque magno pretio emendam, nequis vendere ut gemmam, sed debes vitium rei manifestare emptori. Iam vero in nostro casu error contrahentium cum assecuratore, esset circa substantiam rei, nec communis existimatio aliquid valet; quia fallitur in supposito. Cf. dicta n. 444.

630. In tertia conditione adverte: quod assecurator illud efficere potest, ut alter eius sponsionem assecuret (a).

Pro quarta conditione, satis sit monere recentia iura (cf. Lehmkuhl vol. 1. n. 1134.) id generatim statuere, ut assecurator praestare debeat detrimenta et damna quae ex casibus fortuitis aut vi maiore rebus assecuratis accidunt: non praestare vero detrimenta aut damna, quae oriuntur ex vitio inhaerente rei, quod non fuit denuntiatum, neque ea, quae debeantur actioni aut culpae assecurati vel eius nomine agentium; vel agnatorum aut cognatorum qui in instrumento nominantur neque praestare damna ex bello producta aut ex populari tumultu, nisi conventio contraria exstiterit (b).

631. Quoniam periculum, quod assecurator subit, pendet etiam ex qualitate personae, quae rem custodit; hinc si res alteri locetur, si ad heredem transeat; monendus est assecurator, ut videat an velit eodem pacto contractum initum servare, nisi ab initio de his iam conventum fuerit (c).

Si tertius damnum intulit, assecurator qui damnum resarcivit, actionem habet in illum.

632. Peccant graviter, qui assecurandi munus suscipiunt, si damna inferunt rebus, puta excitantes incendium, ut plures concurrant ad petendam assecurationem. Praeter culpam enim damni illati, adest fraus et dolus, quo alii ad contrahendum moventur, qui dolus contractum vitiat. Et reapse si hic dolus esset adaequate ratio, ut alii assecurationem petant, iis esset omne pretium restituendum *.

(a) Cf. C. It. Comm. art. 422.

(b) Cf. C. It. Comm. art. 434: Assecuratio vero ab incendio complectitur omnia damna illata ab incendio, a quacumque causa ipsum fuerit productum, excepto quod provenerit ex culpa gravi imputabili personaliter ipsi assecurato et excepto casu belli aut tumultus popularis, art. 441.

(c) In C. It. Comm. id solum dicitur quod assecurator liberatur ab obligatione solvendi, quando per actum assecurati pericula mutantur aut aggravantur, mutatione alicuius circumstantiae essentialis, ita ut assecurator non dedisset consensum si ea ab initio exstitisset art. 432.

Unde resolves.

CXLIII. 1. Si assecurans certus sit rem esse in tuto, inique pretium petit et tenetur restituere. Ibid. Bon. d. 3. q. 9. p. 3.

CXLIV. 2. Si res nondum est in tuto, etsi privata scientia sciat non fore periculum, licere nihilominus pretium ordinarium assecurationis accipere, dicit Less. l. c. n. 27. Quia illa obligatio ob pericula ordinaria magni aestimatur et causae occultae, quae periculum minuunt, non imminuunt communem aestimationem. Verum id Bonac. d. 3. q. 9. p. 3. n. 3. et Card. de Lug. d. 31. c. 7. rectius negant.

CXLV. 3. Si cupiens rem suam assecurari, certo sciat eam iam periisse, non potest pacisci de eius assecuratione. V. Less. l. c. n. 25.

633. Clara sunt ex dictis.

CXLVI. Resp. 2. Fideiussio est contractus, quo quis alienam obligationem suscipit implendam, si debitor principalis non solverit. Ita commun. Doct.

634. * Contractus hic et duo sequentes dicuntur contractus subsidiarii; quia adhaerent alteri contractui eique auxiliantur.

Nomen *Fideiussio* ex veteri formula Romanorum pendet; sic enim stipulabantur: *Fide tua id esse iubes, ad quod Titius se mihi obligat?* et respondebat alter: *iubeo*. Hinc iure romano perficiebatur hic contractus verbis, ut absente stipulatione, pactum nudum esset, non pariens obligationem civilem. Sed ius naturae et ius canonicum has spernit subtilitates, nec moderna iura (a) eas exigunt: dummodo ergo consensus exprimatur, satis est. Contractus est sane consensualis.

635. Conditiones huius contractus revocat Lessius l. 2. c. 28. nn. 2. seqq. ad quatuor easque ex ipsa natura contractus colligit, quam manifestat definitio tradita ab A.

1ª Conditio est, ut obligatio fideiussoris sit accessoria, supponens obligationem alterius (quae nedum ex contractu sed ex delicto esse potest), qui dicitur debitor principalis. Quocirca si quis pro alio se constituat debitorem aeque principalem, qui possit aeque primo conveniri a creditore, ille non est fideiussor, sed principalis debitor.

2ª Conditio est, ex prima descendens, ut obligatio principalis sit valida; si autem haec omnino sit invalida, fideiussoria quoque invalida erit (b). Sufficit tamen obligationem principalem esse naturalem, ut fideiussor civiliter etiam obligetur. Constat ex Inst. tit. 21. §. 1. « Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adiicitur fideiussor ».

(a) Cf. C. C. Gall. art. 2011. seqq. et. C. C. Ital. art. 1898. seqq.

(b) C. C. Ital. art. 1899. « Fideiussio nequit subsistere, nisi pro obligatione valida ». Ita et C. G. art. 2012.

3ª Conditio est, ut fideiussor nequeat in plus obligari, quam debitor principalis. Secus, quoad excessum, obligatio eius non esset accessoria. Inst. tit. cit. §. 5. « Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur ». Et si principalis debitor se obligavit sub conditione, nequit fideiussor obligari absolute, ut ibidem dicitur. Ubi rursus monet Iustinianus, quod « non solum in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur; plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare ».

Potest tamen fideiussor arctius obligari, puta iuramento, hypotheca etc., quibus modis principalis debitor non se obligaverit. Nihil enim impedit obligationem firmiorem accedere minus firmae, ut obligatio iuramenti obligationi promissionis factae homini, quin tamen prior desinat esse accessoria.

4ª Conditio est, ut fideiussor nequeat conveniri nisi excusso prius debitore principali; se obligavit enim ad solvendum, eo non valente solvere. Ita in *Authentica Praesente* C. *de Fideiussoribus*. « Praesente utroque (debitore principali et fideiussore) non permittitur intercessorem conveniri, priusquam reus inventus est minus idoneus sive in totum sive in partem » (a).

636. Per se nihil impedit quod quis pro alio etiam inscio fide iubeat, sicut quis potest alterius inscii negotium gerere.

Atque id disserte admittunt ius Gall. et ius Ital., voluntque erga talem fideiussorem, qui solverit, obligari debitorem, pro quo facta est solutio C. G. art. 2014. et art. 2028. C. It. art. 1901. et art. 1915. *

637. Cum obligatio fideiussoris sit realis, sicut obligatio principalis debitoris, ipsa ad heredem transit. Inst. tit. cit. §. 2. « Fideiussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum ». Si vero principalis obligatio ex delicto descendat, ait Vinnius heic, tenebitur etiam heres fideiussoris, sed quandiu vivit et tenetur is, qui deliquit: ipso mortuo, sicut fideiussor, ita et huius heres liberatur.

638. Quemadmodum fideiussor obligatur creditori, ita obligatum erga se habet debitorem, pro quo solverit. Inst. tit. c. §. 6.: « Si quid autem fideiussor pro reo solverit, eius recuperandi causa, habet cum eo mandati (si quidem mandatum vel expresse vel tacite intervenerit, secus negotii gesti) iudicium ». Postulat autem iustitia ut actio creditoris adversus debitorem tunc transeat in fideiussorem (b).

Fideiussor non poterit agere contra debitorem, si non opposuit credi-

---

(a) Has conditiones et moderna iura admittunt. Cf. citt. Codices It. artt. 1900. 1907. Gall. artt. 2013. 2021.

(b) Ita C. Ital. art. 1916. et C. Gall. art. 2029.

tori exceptionem peremptoriam, quae debitori competebat: si potens appellare non appellavit: si solvit ficto procuratori creditoris. Item si non monuit debitorem solutionem a se factam, unde hic quoque solverit etc. Cf. Lug. disp. 32. n. 19?

639. * Si plures sint fideiussores, haec docet Iustinianus Inst. tit. cit. §. 4. « Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur (intellige si singuli se obligaverint in totum, non in partem; nequit enim ab iis peti nisi ad quod se obligarunt). Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola d. Hadriani compellitur creditor, a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatae tempore, partes petere (competit ergo eo tempore singulis exceptio adversus creditorem, ut debitum per partes dividat in singulos fideiussores, qui possunt solvere et a singulis suam partem petat). Ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fideiussore creditor totum consequutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fide iussit, solvendo non sit et sibi imputare debet, cum potuerit iuvari ex epistola d. Hadriani et desiderare, ut pro parte in se detur actio ». Supponitur scil. ipsum non opposuisse exceptionem, quae ei licebat ex privilegio Hadriani (a).

Itaque antequam is solveret, poterat hac uti exceptione atque postulare, ut creditor ei cederet actiones suas in alios fideiussores, quibus actionibus non cessis, iure is negaret solutionem. l. *Fideiussoribus* Dig. *de Fideiussoribus* etc. At si iam solvit, creditori nulla amplius erga alios actio competit, nihil proinde potest is illi cedere neque fideiussori solventi competit actio adversus alios, qui non solverunt. l. 11. C. *de Fideiussoribus*. « Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fide iussit, non competit ».

640. Quid vero si quis fideiussor, non advertens hoc beneficium legis,

---

(a) In C. C. Ital. artt. 1911-1913. Si plures sint fideiussores unius debitoris pro eodem debito, quilibet pro integro debito obligatur.

Nihilominus, quilibet ex ipsis, nisi beneficio divisionis renuntiaverit, potest exigere, ut creditor dividat antecedenter actionem suam, postulando a singulis partem suam.

Si, quum aliquis fideiussor divisionem petiit, quidam tunc solvendo non erant, ille ad partem tenetur ratione quoque habita huius deficientis solutionis: sed exinde, etsi aliae solutiones deficiant post divisionem, nequit is amplius inquietari.

Si tamen creditor ipse libere diviserit suam actionem, nequit amplius ab ea recedere; quantumvis, ante hanc ipsam divisionem, essent quidam fideiussores non solvendo.

In Cod. Gall. art. 2033. statuitur, quod, pluribus exsistentibus fideiussoribus eiusdem debitoris pro eodem debito, qui debitum solverit, actionem habet adversus alios fideiussores, singulos pro parte sua. Quae tamen actio solum in quibusdam casibus competit, qui enumerantur art. 2032.

solverit integrum debitum, potestne in conscientia se occulte compensare ex bonis aliorum fideiussorum, qui solvendo erant?

Ubi lex huic fideiussori concedit actionem contra alios (v. not. n. praec.) et is ex iusta causa impeditur ab agendo, puto posse; nam ius eius certum est et illi erga ipsum sunt obligati.

Si vero lex negat actionem, tunc ex altera parte quidquid ipse solvit, est id, ad quod totum se obligaverat, ex altera vero parte obligatio aliorum erga ipsum non est certa: non videtur igitur posse uti occulta compensatione. Vide dicta *de Compensat.* §. 2. n. 41. *

Unde resolves.

CXLVII. 1. Pro fideiussione licet accipere pretium, etsi nullum periculum timeatur: quia ex se pretio est aestimabilis. Nav. Azor. p. 3. l. 11. c. 12. d. 5. Fill. n. 159.

641. * Res est satis evidens. Et quamvis nullum periculum timeatur, ipsa obligatio fideiussoris est pretio aestimabilis, confert enim ad securitatem contractus, quam postulat creditor et sine qua non contraheret. *

CXLVIII. 2. Mulieres ex fideiussione (saltem si iuramentum absit et instrumentum publicum) non tenentur, uti nec Clerici, nisi quatenus solvere commode possunt, ut non egeant. V. Laym. Bonac. q. 9. p. 2. Less. l. c. c. 28.

642. Ut quis fideiubeat, debet habere administrationem liberam suorum bonorum et posse se obligare. Quod de uxore dicitur, dicito pariter de pupillo, minore, religioso etc., qui nequeunt se obligare absque consensu eius, a quo pendent.

Ceterum in his leges speciales singulorum locorum spectandae sunt: pendent enim ex iure positivo.

643. * Ad clericos quod spectat, clarius loquitur Laymann ab A. citatus l. 3. tract. 4. c. 29. n. 7. « Clericus, ait, licet fideiubere non possit in praeiudicium Ecclesiae, potest tamen in damnum proprium: ita enim consuetudine observatur. Quanquam etiam tunc ex fideiussione non tenetur, nisi quatenus commode solvere potest, ita ut non egeat, iuxta c. *Odoardus, de Solutionibus.*

Quo tamen in capite agitur simpliciter de debito clerici et est tenor huiusmodi. « Odoardus clericus proposuit, quod, cum P. Clericus, D. Laicus et quidam alii ipsum coram officiali Archidiaconi Remensis, super quibusdam debitis convenissent, idem in eum recognoscentem huiusmodi debita, sed propter rerum inopiam solvere non valentem, excommunicationis sententiam promulgavit... Mandamus, quatenus si constiterit, quod praedictus O. in totum vel pro parte non possit solvere debita supradicta, sententiam ipsam, sine difficultate qualibet, relaxetis, recepta prius ab eo idonea cautione, ut, si ad pinguiorem fortunam devenerit, debita prae-

dicta persolvat ». Idem, puto, responsum fuisset in favorem laici; est enim lex generalis: quamdiu quis non potest, non teneri solvere nec esse propterea excommunicandum. Itaque et obligatio clerici ad debita solvenda ex fideiussione, ex regula huius capitis diiudicanda erit. *

CXLIX. 3. Fideiussor non obligatur plus, quam principalis et huius obligatio, si sit invalida, erit etiam fideiussoris. C. Lugo, etc. Commun.

CL. 4. Fideiussor regulariter non potest conveniri, nisi, facta excussione principalis debitoris, constet ipsum non esse solvendo. Azor. l. c. Fill. n. 153.

CLI. 5. Debitor tenetur de omni damno sua culpa accidente fideiussori etc. Vid. Azor. d 10. Bonac.

644. Clara sunt.

CLII. 6. Ex fideiussione Religiosi propria auctoritate facta monasterium non obligatur. nisi quatenus in eius utilitatem versum est. Vid. Less. c. 28. et Laym. c. 29. n. 7.

645. * Ait Laymann: Si religiosus absque consensu capituli vel Praelati fideiussit, non obligatur monasterium, nisi quatenus in eius utilitatem versum sit, puta accepto pretio. Constat ex c. *Quod quibusdam, de Fideiussoribus*. Veruntamen, subdit idem, in re modica praelatus fideiubere poterit absque consensu Capituli; quia censetur circa huiusmodi tacitum habere Capituli consensum. « Similiter in Societate Iesu, in qua Capitulum non congregatur, Rector vel Praepositus loci fideiubere potest, uti docent Molina et Sanchez; sed non expedit nec concessum videtur in re alicuius momenti ». *

CLIII. 7. Qui fideiussit pro reo, cui periculum capitis impendebat, si is aufugit, non est eius loco plectendus; quia non praesumitur sic se obligare: imo nec potest: cum non sit dominus vitae. Sylv. Bon. Less. d. 7. n. 41.

646. Non opus est declaratione.

CLIV. 8. Si debitor sua culpa non solvit, tenetur fideiussiori, qui pro ipso solvit, non tantum ipsum debitum, sed etiam damna et expensas omnes compensare. Si vero sine culpa, v. gr. ob impotentiam, non solvit, ad solum debitum videtur teneri. Azor. Sylv. Sà, Bonac. Trul. c. 26. d. 2.

647. Eum debitorem, qui sine sua culpa non solvit, dicerem non teneri ex delicto: at videtur aequitati congruum, quod teneatur ex tacito saltem pacto; conditio enim nativa huius contractus (inter fideiussorem scilicet et debitorem) esse videtur, ut indemnis fideiussor servetur.

Dub. XVI.

* *De Pignore et Hypotheca.* *

CLV. Resp. Pignus est contractus, quo debitor dat creditori rem aliquam mobilem vel immobilem, ut sit pro debito obligata ex eaque solutio peti possit. Aliquando tamen pignus accipitur pro ipsa re, quae datur. Differt autem ab hypotheca, quod pignus proprie sit rei mobilis, illa immobilis. Mol. Fill. Bon. q. 10. p. 1.

648. * Habes pignus accipi et pro re, quae datur et pro contractu. Definitio huius clara est. Apud iurisperitos *pignus* et *hypotheca* frequenter idem sunt, ut habet l. *Res hypothecae* Dig. *De Pignoribus* etc.: « inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt ». Nihilominus si res presse spectetur, discrimen quoddam occurrit. A. in eo ponit, quod pignus sit *rei mobilis*, hypotheca, *immobilis*. Alii, ut Laymann l. c. c. 30. n. 1. Lug. disp. 32. n. 23. in eo collocant quod pignus *traditur* creditori, hypotheca sola *conventione* ab eo tenetur. Quae distinctio universalis est: prior autem non; nam et mobilia possunt hypothecari et immobilia oppignorari.

Hinc pignus est semper res determinata: hypotheca esse potest ex parte indeterminata, ut in hypotheca universali omnium bonorum comprehenduntur et futura, quae in confuso apprehenduntur. Lug. l. c. n. 25. In sequentibus tamen pignus et hypothecam pro eadem re accipiemus.

649. Distinguitur triplex pignus: *iudiciale, legitimum, conventionale*.

Iudiciale est, quod iudicis sententia statuit, mittens creditorem in possessionem bonorum debitoris.

Legitimum est, quod legis dispositione constituitur et multiplex est ac dicitur quoque tacitum pignus seu tacita hypotheca.

Nam legitimam sive tacitam hypothecam habet fiscus in bonis cuiuscumque sui debitoris: pupillus et minor in bonis tutoris aut curatoris: liberi in bonis paternis, pro administratione, quam pater suscipiat, bonorum adventitiorum: maritus in bonis uxoris pro dote promissa sibi praestanda: uxor in bonis mariti pro dote restituenda etc. Ita Laymann ex iure romano; sed et moderna iura, si quid differant, consulenda sunt.

Conventionale pignus est, quod partes contrahentes expresse constituunt, sive re tradita (proprie pignus), sive solo consensu (hypotheca). Contractus pignoris, presse accepti, etsi traditionem postulet, perficitur tamen solo consensu. Cf. Lugo n. 24. et. l. *Contrahitur* Dig. *de Pignoribus* etc.

Pignus conventionale duplex est: alterum *generale*, quo omnia bona etiam futura hypothecae subiiciuntur: non tamen censentur ea comprehensa, quae nemo prudens in specie facile obligaret ex. gr. vestis quotidiana, libri pro studio etc.

Alterum pignus est speciale, quo res speciales, sive una sive plures obligantur.

650. Proprium est rei in pignus seu hypothecam datae, ut sit obligata creditori, ut, nisi debitum impleatur, ex ea creditori satis fiat. Quocirca creditor ius reale habet in ipsam seu ius in re, quae, ad quemcumque transit, cum ea obligatione erga creditorem transit. Potest propterea creditor, debitore non solvente, post unam saltem denuntiationem, pignus conventionale alienare, ut sibi satisfaciat. Inst. l. 2. tit. 8. §. 1.

Atque haec ex natura contractus constant; secus enim pignus foret inutile, ait Vinnius ibid.

651. Quidquid vendi potest, etiam pignori et hypothecae potest subiici et quod sub spe habetur, potest sub hac conditione oppignorari. Non solum ergo res corporales, sed et iura materia sunt huius contractus ipsumque pignus licet alteri in pignus dare; qui tamen secundus contractus cessat, statim ac prius debitum sit solutum. Cf. Molina disp. 529.

Quae autem res vendi nequeunt, nec pignori aut hypothecae dari possunt; quia hic contractus habetur tanquam quaedam alienatio et res alteri obligata manet, qui ius in re acquirit l. ult. C. *de Rebus alienis non alienandis.*

652. Licet debitori rem pignoris vel hypothecae nomine alicui obligatam vendere alteri vel alio modo alienare et quidem si creditor id scivit et consensit, tunc nisi protestetur, ius pignoris salvum sibi manere debere, censebitur remittere ius: si vero ipso ignorante alienatio facta est, res semper potest ab eo vindicari, ut ex ipsa ei fiat solutio.

Item licet debitori rem alicui hypothecatam alteri rursus hypothecare. Si tamen ad utriusque debiti securitatem non sufficit, tunc distinguendum est. Vel enim secunda hypotheca statuitur, sciente et consentiente priore creditore, vel secus. Si primum, ille creditor iure suo cedere videtur: si alterum, ius ipsi manet agendi adversus debitorem, ut rem aliam loco hypothecae sufficientis substituat. Ita Laymann l. c. n. 8. ex iure romano.

653. Res pignori data, cum maneat in dominio debitoris, ipsi fructificat: ideoque si creditor eius fructus suos fecit, debet eos computare in partem solutionis debiti.

Pariter si culpa creditoris pignus pereat aut detrimentum patiatur, debitor compensandus erit. Quia vero contractus hic est in beneficium utriusque, tenebitur creditor de culpa lata et levi.

Rursus debitor compensare debet expensas, quae a creditore faciendae sint, ut pignus conservetur.

654. Quaestio fit an liceat pignori addere pactum legis commissoriae (cf. sup. n. 417.) quod huc redit. Debitor dat pignus hac lege, ut si is

intra certum tempus non solvat, incidat in commissum h. e. amittat pignus, quod loco ipsius debiti vel loco certi pretii pro re debita, fiat creditoris. Istud pactum iure romano et canonico reprobatum est l. ult. C. *de Pactis pignorum* et c. *significante, de Pignoribus.*

Est autem positiva prohibitio ad removendum periculum usurae, ne forte debitori plus quam debet, imponatur. Idcirco tenetur quidem debitor, praeter debiti solutionem, compensare lucrum cessans aut damnum emergens creditoris, propter dilatam iniuste solutionem; sed pignus suum repetere potest. Cf. Molina disp. 324. Spectata autem lege naturae, si valor pignoris aequivaleat debito, nequit hic contractus improbari; quia reipsa creditor non plus accipit, quam quod ei debetur: ut bene advertit Lug. disp. 25. n. 177. Et sane si pignoris natura haec est, ut ex re pignori data, satisfiat creditori, non solvente aliunde debitore, nequit ius naturae improbare, ut pignus fiat creditoris, si ita ei fit satis.

Hinc eaedem leges permittebant pactum, ut si intra certum terminum solutio facta non fuerit a debitore, pignus creditori *vendi debeat secundum pretium iudicio prudentum aestimandum* (heic est discrimen a pacto praecedente, in quo pretium pignoris a creditore statuitur) ut quod debitor debet, computetur in pretium, quod pro pignore accipit a creditore. Ita l. *Si fundus* Dig. *de Pignoribus* §. ult. « Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve *ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat* (creditor) *rem, iusto pretio tunc aestimandam:* hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio et ita dd. Severus et Antoninus rescripserunt ».

Lex permittit etiam pactum, si debitor in mora sit, distrahendi pignus, aliis nempe vendendi, ut per eius pretium compensato creditore, si quid reliquum est, reddatur debitori. Et licet pactum non praecesserit, nihilominus elapso biennio post moram et interpellationem debitoris, distractio pignoris permittitur. Cf. Laymann. l. c. n. 6. *.

Unde resolves.

CLVI. 1. Pignore non licet uti contra voluntatem domini; quia est res aliena, ad securitatem tantum et non ad usum tradita. Bonac. l. c. ex Mol. Reg. etc. Si tamen utatur, v. gr. equo, vel agro, debet valorem usus (uti et fructus omnes, si sit res ex se fructifera) computare in sortem, deductis expensis; quia alioqui committet usuram, cum res domino suo fructificet. Nav. Bon. Trull. c. 26. d. 2.

655. Clara res est.

CLVII. 2. Non possunt oppignorari, quae non possunt vendi, v. g. Ecclesiae. Molin. d. 530. Less. l. 2. c. 28. d. 3. Bon. l. c.

656. Iam dictum est.

CLVIII. 3. Immobilia, uti et mobilia pretiosa, cultui divino dicata, v. gr. calices, casulae etc. non possunt oppignorari, nisi in necessitate, quia tunc etiam vendi possunt, ut Ecclesiae et indigentibus subveniatur. Vide. Nav. c. 17. Less. Bon. l. c.

657. Huc facit. c. 1. *de Pignoribus*. « Nullus presbyter praesumat calicem vel patinam vel vestimentum sacerdotale aut librum ecclesiasticum tabernario vel negotiatori aut cuilibet laico vel feminae in vadium dare, *nisi iustissima necessitate urgente* ».

Monet autem Lugo disp. 32. n. 27., res Ecclesiae, etsi non possint subiici hypothecae speciali, posse tamen subiici generali hypothecae, in iis contractibus, qui licent Ecclesiae praelatis.

CLIX. 4. Creditor, qui pignus ab aliquo accepit, potest illud alteri oppignorare, sed non pro maiore quantitate. Neque potest vendere, debitore non solvente, nisi post biennium et eo prius monito. Quidam tamen dicunt, posse vendere post trinam monitionem. V. Laymann. l. 3. t. 4. c. 30. Bon. l. c. n. 9.

658. Cf. dicta superius n. 654.

CLX. 5. Eandem rem non licet oppignorare seu in hypothecam dare pluribus, nisi sit sufficiens ad solvendum omnibus, vel posteriores de priore hypotheca admoneantur. Azor. Filliuc. Bon. d. 3. q. 10. p. 1. Trull. c. 26. d. 4.

659. Profecto in conscientia id non licet; non enim licet debitori se in eam iniicere conditionem, ut nequeat debitis suis facere satis, nisi gravis sit causa, quae ab hac obligatione eum excuset.

CLXI. Quaeres, Quid sit contractus Antichriseos, Germanice *ein Pfandschafft*.

Resp. Is est, cum in contractu pignoris convenitur, ut creditor utatur pignore, v. g. agro, ac fructus inde tandiu lucretur, donec debitum ipsi restituatur.

Cf. dicenda sub resol. 2.

Unde circa hunc ex supradictis resolves.

CLXII, 1. Contractus hic videtur iuxta Caietan. Sot. etc. (contra quosdam Iuristas) esse usurarius; quia creditor ultra sortem aliquid lucratur, causa solius mutui, quae est usura. V. Laym. l. 3. t. 4. c. 16. n. 17.

660. Clara res est, nisi exceptio occurrat ex seq.

CLXIII. 2. Possunt tamen intervenire tituli iusti lucrandi fructus ex pignore, sine diminutione sortis: ut si v. gr. fructus ex hypotheca percepti non superent quantitatem pensionis, quae iure census super eandem constituti exigi potest, cum pacto redhibitionis, ut supra dictum est de censibus: aut si alioquin lucrum cesset, aut damnum emergat, dum debitum differtur. Unde non facile damnandi illi, qui a Principibus in locum debitorum agros, pascua, officia etc. in antichrisim habent. V. Laym. l. c. et Binsfeld. *de Usuris*. Mol. Less. etc.

661. Tituli lucri cessantis et damni emergentis legitimi sunt; si ergo adaequatio sit inter fructus perceptos et eos titulos, contractus licitus erit. Primus titulus, quem memorat A., est titulus pensionis seu census, quem creditor censetur, pecunia a se tradita debitori, emisse et quidem

census redimibilis ab ipso emptore, quem censum diximus licere. Hunc titulum supplere nunc potest titulus percipiendi interesse ex pecunia tradita, dummodo fructus pignoris respondeant huic interesse, non illud excedant, quod et de censu intelligendum est (a).

(a) In iure italico contractus pignoris est de re mobili et iste contractus ibidem; sic definitur art. 1878. *Est contractus, quo debitor dat creditori rem mobilem, pro securitate crediti, quae restituenda est in se ipsa, post exstinctionem crediti.*

Hic contractus confert creditori privilegium ut praeferatur ceteris creditoribus in exigenda solutione debiti ex re pignori data, art. 1879.

Ibid. art. 1884. decernitur, quod creditor nequit disponere de pignore, eo quod debitum non fuerit solutum: habet tamen ius petendi ut iuridice decernatur quod pignus apud ipsum maneat in solutionem debiti secundum existimationem peritorum, aut ut sub hasta vendatur.

Nullum est quolibet pactum, quod auctoritatem conferat creditori appropriandi sibi pignus aut de eo disponendi absque formalitatibus superius statutis.

Item creditor praestare debet amissionem aut detrimentum pignoris, quod sua negligentia acciderit.

Vicissim debitor compensare debet creditori expensas factas pro conservatione pignoris, art. 1885.

Si pro pignore datum est creditum fructiferum, creditor fructus eius computare debet inter eos, qui ipsi debentur.

Quod si debitum, pro quo in pignus datur creditum fructiferum, sit huiusmodi ut fructus non ferat: fructus crediti computabuntur in partem capitalis, art. 1886.

Ex iure Gallico haec accepta sunt: cf. artt. 2075. seqq.

Hypotheca in iure It. definitur: *ius reale constitutum super bonis debitoris aut alterius in commodum creditoris, pro assecuranda satisfactione alicuius obligationis.*

Ipsa est indivisibilis et integre subsistit super omnia bona obligata et quodlibet eorum et quamlibet partem eorum.

Ipsa inhaeret bonis eademque consequitur apud quemlibet possessorem, art. 1964.

Ipsa effectum non parit, nisi publicetur et nequit subsistere nisi super bonis specialiter indicatis et pro certa summa pecuniae, art. 1965.

Subiici possunt hypothecae 1° bona immobilia, quae sunt in commercio, cum omnibus accessoriis, quae habentur ut immobilia: 2° ususfructus eorundem bonorum cum eorum accessoriis, excepto usufructu legali ascendentium: 3° iura concedentis et emphyteutae super bona emphyteutica: 4° reditus super obligationes Status, art. 1967.

Triplex quoque admittitur hypotheca: *legalis, iudicialis, conventionalis,* art. 1968.

Legalis competit *minori* (intellige et *pupillum*) atque *interdicto,* super bona tutoris aut curatoris: uxori super bona mariti pro dote et lucris dotalibus: Statui super bona damnatorum, pro expensis iustitiae in materia criminali, correctionali aut politiae: venditoribus aut aliis alienantibus, super immobilia alienata, pro adimpletione obligationum derivantium ex actu alienationis. art. 1969.

Quoad iudicialem, omnis sententia damnans ad solutionem alicuius summae aut traditionem rerum mobilium aut implementum alterius obligationis, quae resolvi possit in damnorum reparationem, inducit hypothecam in bona debitoris, pro illo, qui sententiam obtinuit, art. 1970.

Quoad conventionalem edicitur, eos solum qui immobile alienare possunt, posse idem subiicere hypothecae, art. 1974.

Hypotheca conventionalis nequit constitui super bona futura, art. 1977.

Eadem constituenda est aut instrumento publico aut scriptura privata, 1978.

APPENDIX.

* *Quomodo iura et obligationes desinant.* *

662. Duplex est modus: *mutatio* scilicet et *peremptio*. Prior est, cum una obligatio in alteram transfertur: alter est, cum obligatio exstinguitur.

Ad priorem classem spectant duo: *novatio* et *transactio*.

Novatio est *prioris obligationis in alteram translatio*, ita ut prior desinat, hac substituta. Cf. l. 1. Dig. *de Novationibus* et Inst. l. 3. tit. 30. §. 3.

Iure romano fiebat verbis seu stipulatione, at talis sollemnitas nunc exsolevit.

Ea tripliciter fieri potest:

1° *Mutata re debita;* cum debitor contrahit erga creditorem novum debitum et hoc substituitur loco prioris, quod exstinguitur.

2° *Mutata persona creditoris;* cum vi novae obligationis novus creditor substituitur veteri, erga quem debitor liberatur.

3° *Mutata persona debitoris*, cum novus debitor onus prioris assumit et prior a creditore liberatur (a).

Interventu sane novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur, translata in posteriorem. Inst. l. c.

Effectus novationis est, ut perempta priore obligatione, incommoda etiam, quae prioris obligationis propria fuerant, evanescant. Vinnius in h. l.

Si priore debitore liberato, alter loco eius substitutus (qui expromissor dicebatur) non sit solvendo; actio nulla competit creditori erga priorem, dummodo eam non sibi reservaverit creditor cum novationem accepit, aut nisi intercesserit fraus, si nimirum tunc quoque, cum novus debitor est delegatus, iam esset non solvendo (b).

663. Transactio est, ait Laymann l. 3. tr. 4. c. 31. n. 1. *de re dubia et controversa non gratuita pactio.*

Et haec fere omnia desumpta ex iure Gallico: cf. artt. 2114. seqq.

Contractus autem Antichreseos sic definitur: *Est contractus, quo creditor acquirit ius faciendi suos fructus rei immobilis sui debitoris, cum obligatione computandi eos annuatim in exstinctionem fructuum, si hi ipsi debeantur et deinde capitalis, quod ei debetur*, art. 1891. Est nempe pignus rei immobilis. Creditor non evadit proprietarius immobilis propter solum defectum solutionis tempore statuto: quodlibet contrarium pactum nullum est. Deficiente vero solutione, petere iuridice potest expropriationem debitoris. art. 1894.

Ita et C. C. Gallicus: cf. artt. 2085. seqq.

(a) Ita C. C. It. art. 1267. et Gall. art. 1271. Ubi adverte, quod *delegatio*, qua debitor assignat creditori alium debitorem, qui se obligat erga creditorem, vim novationis non habet, nisi creditor expresse declaret se liberare debitorem delegantem. C. I. art. 1271. Gall. art. 1275.

(b) Ita C. It. art. 1272. Gall. art. 1276.

Non gratuita seu onerosa, in quo differt a compositione amicabili, per quam pars debiti gratis remittitur.

De re dubia; si enim qui transigit, scit sibi nullum competere ius, in conscientiae foro et etiam in externo, irrita censetur eius transactio.

De re controversa, nam sive lis in iudicio iam mota sit, sive tale sit dubium, ut in iudicii disceptationem venire possit, locus est transactioni. Lata vero sententia et controversia transeunte in rem iudicatam, non est locus transactioni; quia res non amplius dubia est et controversa, semper tamen amicabili compositioni.

Hoc contractu quilibet de suo iure suave obligatione dubius aliquid alteri remittit et vicissim ab eodem recipit, ut veteri obligationi dubiae nova certa, etsi minor substituatur.

664. Vis transactionis est, ut ea sine metu ac dolo celebrata, pariat exceptionem litis finitae, perinde ac si res fuerit in iudicio decisa; *non minor est enim transactionum, quam rerum iudicatarum auctoritas,* ut dicitur l. *Non minorem* C. *de Transact.* (a).

Si facta bona fide transactione, deinde alterutrius iura, propter detecta e. g. vetera quaedam instrumenta, appareant certa, non rescinditur transactio; quia, ut ait ibid. Laymann, sicut in ludo, ita et in transactione paciscentes, incerto eventui se sponte et mutuo obiiciunt. Oportet ergo ut aequalitas exsistat, cum transactio fit, inter id quod alteri datur et valorem eius dubii iuris, secundum prudentum existimationem. Si tamen deinceps appareret laesio enormissima, beneficium rescissionis contractus posset a iudice invocari. Ibid. (b).

665. Qui rem alienare non possunt, ii neque circa eam transigere valent; est enim transactio alienatio quaedam.

Licet transactioni adiicere poenam ab eo subeundam, qui transactum non exsequatur et quidem ita decerni potest, ut negans exsequi, hac sola poena teneatur: vel et teneatur poenam subire et simul exsequi contractum. Cf. Laymann ibid. n. 2. (c).

666. Modi, quibus obligatio perimitur, plures sunt.

Primus est *solutio* debiti. Ut ius creditoris seu obligatio debitoris ex-

---

(a) Ita et ius modernum. C. C. Gall. art. 2052. et C. It. art. 1772. Transactiones habent inter partes auctoritatem sententiae irrevocabilis.

(b) In C. C. It. art. 1773. admittitur actio nullitatis adversus transactionem, si intercessit dolus, violentia aut error circa personam et obiectum controversiae: si praeterea ea facta fuerit in exsecutionem tituli alicuius, qui nullus sit, nisi inter partes expresse actum sit de nullitate art. 1774. Item transactio innixa documentis, quorum falsitas postea manifestatur, est prorsus nulla, art. 1775. etc. Atque haec ex C. Gall. artt. 2053-2055.

(c) In iure It. C. C. art. 1767. poena, quae subeatur, non excludit obligationem adimplendae transactionis.

stinguatur, debet solutio a debitore fieri vel ab alio pro eo solvente et fieri creditori aut personae, cui auctoritatem accipiendi fecerit ipse creditor, vel iudex aut lex. Quamvis vero alteri fiat, si tamen postea creditor ratam habuerit solutionem aut ex ea profecerit, valida erit solutio. Creditor non tenetur loco rei debitae aliam recipere, etsi haec illi aequivaleat; nisi de re fungibili agatur et pactum non intercesserit de certa specie solvenda. Laymann l. c. c. 32. n. 1. Sunt tamen quidam casus, quibus debitor pro re debita, eius aestimationem praestare potest: nimirum id exigente necessitate, ut si res debita interierit. Cf. Vinnium ad Inst. l. 3. tit. 30. n. 2.

Si quis se facturum quid promiserit certo tempore et elapso tempore nihil praestitit, liberatur ab obligatione, solvendo pecunia quanti interest alterius rem factam non esse. Laym. ibid.

An creditor tenetur debiti divisibilis solutionem per partes recipere? Negant quidem iura moderna, praeeunte, ut videtur, iure romano (cf. Vinnium l. c. n. 4.); quia natura obligationis postulat, ut eodem modo, quo quaeque contracta est, dissolvatur et quia solutio per partes habet incommoda et damnosa est creditori.

Verum in foro conscientiae consideranda erit et intentio contrahentium, si debitum sit ex contractu et facultas debitoris nec ad summos apices externi iuris res semper exigenda, cum reapse creditor et quod sibi debetur, recipit et ab omni damno immunis servatur.

667. Secundus est *acceptilatio*, quae est imaginaria solutio, ut ait Iustinianus Inst. l. c. §. 1. Ea verbis sive stipulatione apud Romanos agebatur. Debitor dicebat creditori: *Quod ego tibi promisi vel debeo, habesne acceptum?* Creditor respondebat: *Habeo.* Seposita forma stipulationis, est libera remissio debiti facta a creditore, de qua remissione moderna iura loquuntur.

668. Tertius modus est *mutuus consensus:* quando nempe vis obligationis contractae est huiusmodi ut contraria eorundem contrahentium voluntate elidi possit. Tunc re adhuc integra, cum nempe a neutro adhuc aliquid est praestitum; mutuo consensu uterque liberatur. Sic emptio venditio, locatio etc. dissolvi possunt, ut nulla sit prior contracta obligatio. Non sic autem obligatio e. g. matrimonii, quae statim ac perfecta est, subtrahitur voluntati contrahentium; cum ipso iure divino perpetua esse debeat.

669. Quartus est *confusio seu consolidatio,* cum qualitates creditoris et debitoris in eandem coeunt personam; tunc enim ipso iure exstinguitur creditum et debitum. L. *Sicut acceptilatio* Dig. *de Solutionibus* etc. Quae exstinctio fideiussores iuvat.

Quintus est, *interitus* rei debitae, quae intereat tamen absque debitoris

culpa et antequam is sit in mora. L. *Si ex legati* Dig. *de Verborum obligat* (a).

670. Sextus est *rescissio contractus* a iudice facta.

Septimus est *exceptio peremptoria*, quae actionem prorsus perimit et a quavis liberat obligatione, ut nempe pro indebito habendum sit, cuius petitio ita repelli potest. Cf. Vinnium in tit. 13. lib. 4. §. 9.

Octavus est *praescriptio*, de qua in prima parte dicta sunt multa.

Nonus est *lapsus temporis*, ad quod vel lege vel testamento vel contractu iura erant limitata: quamvis hoc casu interveniente, nulla potius sit obligatio, nullum ius, quam desitio obligationis aut iuris, quae iam esse non possunt.

Decimus numerari potest *cessio bonorum;* quae tamen reipsa non exstinguit debita, sed potius liberat, si rite fiat, debitorem a poenis et molestiis creditoris: de ea iam actum est in P. 2. n. 408.

CAPUT III (b).

* DE TUTELA ET TESTAMENTIS *

671. De obligationibus *Tutorum* et *Curatorum* iam locutus est A. in 4° Praecepto dub. 3. ad quem locum in fine remittit lectorem. Nunc alia addit, praesertim ex iure romano. Ratio cur tractatio de tutoribus et curatoribus subiiciatur tractationi de Contractibus, ea est, quia tutela et cura seu curatela sunt quasi contractus, ut idem A. notat. De testamentis utique opus est ut Theologus moralis disserat, in rem suam referens id, quod ius canonicum et civile statuerunt; nam necesse est confessarium et parochum his notitiis instructos esse. Sed quis sit proprius locus in opere morali tractationi de Testamentis et de iis, quae sunt cum iis connexa, difficile est definire. Certe sibi vindicat locum in tractatu de Iure et Iustitia: at inter hos limites vagari huc illuc potest. Tractatui de Contractibus subiicit Laymann, quem sequitur A. Donationi subdunt Lessius et Lugo; congrueret vero et de Testamentis agere, ubi de modis agitur, quibus res nobis acquiruntur, ut facit Iustinianus in *Institutionibus*. Verum id per se non admodum refert, dummodo doctrina integra et clara tradatur. Nobis necesse fuit sequi Auctoris vestigia.

Non valde immorabimur in declarandis iis, quae habet A. dub. 1.; nam clara sunt et quaedam iam alibi sunt declarata. In iis, quae sunt

---

(a) C. It. art. 1298. §. 1. Etsi debitor sit in mora, dummodo non susceperit pericula quoque casuum fortuitorum, exstinguitur obligatio, si res aequaliter peritura fuisset apud creditorem, quando ei fuisset restituta.

(b) In hoc Caput nihil scripsit P. Ballerini.

iuris positivi, qui officium tutoris aut curatoris suscipit, consulat accurate oportet ius civile suae regionis, ut obligationes et iura sua noscat.

Confessarius vero, si teneat quae habet A. et pauca quae addemus atque in difficilioribus dubitare sciat, reiiciens poenitentem ad iurisperitos, satis instructus erit.

Dub I.

Quid sit Tutela et Curatela.

CLXIV. Resp. Sunt quasi contractus, quibus Tutor et Curator ad procuranda bona et commoda Minorum cuiuscumque sexus, qui vel parente carent, vel sub eius potestate constituti non sunt, obligatur ex iustitia, perinde ac si ex contractu ea obligatio suscepta fuisset; supplente nimirum lege, vel magistratu vim contractus. Differunt Tutor et Curator, quod Tutor solum datur impuberibus, etiam invitis et principaliter datur personis, ut curet earum educationem et institutionem, secundario vero datur etiam bonis illarum, respectu omnium negotiorum. Curator vero datur Minoribus, post annos expletos pubertatis, usque ad annum 25. completum; nec communi iure datur invitis, nisi in certis casibus et datur principaliter rebus Minorum, secundario personis.

672. Verum est quod ait A. curatorem dari principaliter *rebus;* loquitur enim de curatoribus minorum: alii extraordinarii curatores, ut amentium et furiosorum, dantur aeque principaliter *personae*. Cf. Ferraris v. *Tutela* n. 14.

Ex dictis heic de Contractibus in nota ad n. 56. patet quod in iure Gall. et Ital. tutor dicitur, qui datur pupillo et minori non emancipato, (qui curam habet tum personae minoris tum eiusdem bonorum C. It. art. 277. C. G. art. 450.): curator, qui datur minori emancipato, neque est in huius potestate, iuxta ius Italicum, non habere curatorem: si tamen a patre vel matre emancipatur, eius curator erit parens, qui emancipavit. C. It. art. 314.

Tutela et cura sunt publicum munus, a quo lex neminem, nisi iusta causa allegata, vult esse immunem l. 1. Dig. *de Administ. tutorum* et Inst. *de Excusat. tutorum*. Ita et iure novo: cf. C. G. art. 427. seqq. C. It. art. 272 seqq.

Vidimus quoque in iure novo potestatem tutoris et curatoris erga pupillos aut minores certis limitibus constringi, quatenus in qualibet re alicuius momenti pendeat a consilio familiae.

Ex definitione tutelae in iure romano: « vis et potestas in capite libero (seu in caput liberum: cf. Vinnium in h. l.) *ad tuendum eum qui per aetatem se defendere nequit,* iure civili data ac permissa » Inst. l. 1. tit. 13. §. 1., patet tutoris potestatem minus porrigi, quam potestatem patris; eo enim per se illa spectat, ut *tueatur* pupillum, haec, ut gubernet,

praecipiat, prohibeat. Cf. Laymann l. 3. tr. 4. c. 9. n. 2. Quia vero pupillus rite defendi nequit, nisi et opportune regatur et gubernetur; concedunt omnes tutori speciem quandam patriae potestatis et iure novo disserte edicitur: minorem debere obedientiam et reverentiam tutori. C. It. art. 280.

Unde pro directione in foro conscientiae, ex iure tum naturali tum positivo communi resolves ex Laymann et Tann. t. 3. d. 1. q. 7. d. 10. *Bonac.* d. 3. q. 19.

CLXV. 1. Tutores, sive sint testamentarii, hoc est relicti ex testamento aut codicillo patris, sive sint dativi, hoc est constituti a Iudice aut Magistratu, sive sint legitimi, hoc est praescripti a lege (qualis prae ceteris est mater, si velit et promittat se non transituram ad alias nuptias, quin prius tutelam abdicet et rationem reddat; dein avia, et consanguinei proximiores idonei) tenentur, uti et curatores, iurare, se fideliter officium suum facturos ac fideiussorem dare, rem Minoris salvam et integram restituendam et universim tacite omnia eorum bona sunt hypothecata Minori: ita ut, ad quemcumque pervenerint, possit illa Minor sibi vindicare, ut sibi satisfiat, si quod illorum culpa est passus. V. Tan. l. c. Laym. l. 3. t. 4. c. 9. Bon. l. c.

673. Iure romano femina generatim a tutela arcetur l. 1. C. *Quando mulier tutelae etc.*: sed matri et aviae tutela permittitur ante agnatos et cognatos, dummodo aliis nuptiis renuntient ll. 2. et 3 eod. tit. In iure novo feminae arceantur a tutela, excepta matre et aliis ascendentibus feminis (aut sororibus germanis innuptis. C. It. art. 268).

Eodem hoc iure Mater superstes est vi legis tutrix minorum nondum emancipatorum, cum et patriam potestatem iure exerceat. Si tamen mater secundas ineat nuptias, in potestate erit Consilii familiae ei permittere vel adimere tutelam.

Deficientibus parentibus et non nominato ab eis tutore, tutela iure spectat ad avum paternum et hoc deficiente, ad avum maternum.

Tutorem dare possunt 1° parens, qui postremus moritur, sive per testamentum, sive per publicum instrumentum: 2° consilium familiae, si parens non designavit et desint ii, quos lex designat: 3° iudex in certis casibus. C. G. l. 1. tit. 10. c. 2. sect. 1.-4. C. It. l. 1. tit. 9. c. 2. sect. 1.-2.

De iuramento praestando vel fideiussore exhibendo sermo non est in iure novo: at C. It. praecipit, ut tutor, nisi sit avus paternus aut maternus, cautionem det, a qua tamen eum dispensare potest consilium familiae, art. 292.

Debet insuper tutor ab initio tutelae inventarium procurare bonorum minoris. C. G. art. 451. C. It. art. 281.: quod et ius romanum praecipit l. *Tutor* Dig. *De administ. tutorum*: nisi tamen tutor a testatore dispensatus fuerit l. *Veteris iuris* §. 1. C. *Arbitrium tutelae.*

CLXVI. 2. Bona Minorum tenetur Tutor vel Curator administrare ea cura, quam diligens paterfamilias propriis suis rebus adhiberet, tam impediendo et praecavendo damna, quam procurando commoda et lucra Minoris: alioqui damnum et defectus congrui lucri ipsi imputabitur et tenebitur etiam in conscientia ad restitutionem. Vide sup. Tr. V. de Praec. Caritatis d. 3. rep. 6.

674. Haec ipsa lex naturae praecipit. Quaestio esse potest, qua culpa teneatur tutor erga pupillum. In conscientiae foro culpa debet esse gravis; ea autem pro tutore est quae in iure dicitur culpa lata, omissio nempe diligentiae, quae communiter in hoc officio adhiberi solet quaeque heic est ea, qua bonus paterfamilias in re sua uti consuevit: non est culpa solum levis, seu omissio praestantioris diligentiae, nisi honorarium pro tutela accipiat. Est enim hic quasi contractus in commodum solummodo minoris. Ita et ius Gall. nihil aliud postulat a tutore, quam ut bona minoris administret tanquam bonus pater familias et praestet damna profecta ex mala gestione, art. 450. Nec aliud requirit lex romana. « A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam pater familias rebus suis ex bona fide praebere debet » l. 33. Dig. *de Administ. tutorum.*

CLXVII. 3. Bona immobilia Minorum aut alia pretiosa, quae possunt servari, non possunt alienari, saltem sine Iudicis decreto.

675. Ita quoque in iure novo; sed auctoritatem ad talium alienationem dare potest Consilium familiae, consentiente praetore. C. G. art. 457. 458. C. It. art. 296. 297. 301.

CLXVIII. 4. Tutori aut Curatori et personis ei subiectis nihil licet emere, sive per se sive per alium, ex illis bonis Minoris, quandiu illi tales sunt, nisi cum auctoritate Iudicis, aut cum eius decreto bona pupillorum publice per privatum venditorem omnibus venalia exponuntur.

676. Concordant C. It. art. 300. et C. Gall. art. 450. §. 3.

CLXIX. 5. Sine decreto Iudicis non potest Minor remittere vel renuntiare hereditati, legatis, fideicommissis, aliisque iuribus sibi acquisitis. Si tamen religionem ingressus sit, potest bona alienare, quia moritur quasi.

CLXX. 6. Pupillus, dum infans est, hoc est, minor septennio, vel infantiae proximus (ita ut si masculus est, non expleverit annum decimum cum dimidio, si femina, nonum cum dimidio) nihil per se efficere potest, quo ullo modo vel alteri obligetur, vel alium sibi obliget: at pubertati proximus obligare quidem sibi potest alium, sed non se alteri, saltem civiliter. Sanch. d. 38. Less. l. 2. c. 17. n. 61. Laym. c. 9. n. 7.

CLXXI. 7. Eadem est ratio Minoris, si Curatorem habeat: quem si semel susceperit, tenetur illi subesse iure communi usque ad annum 25. expletum et, si litem habeat, tenetur ad eam sumere Curatorem, exceptis tamen causis spiritualibus. Quod si Curatore careat, valent acta per illum, ita tamen, ut, si laesus sit, restituatur in integrum. Vid. Auct. citt. et Bonac. d. 3. q. 5. p. ult.

CLXXII. 8. Etsi Minores sine Curatorum auctoritate donare non possint, nisi quae eius conditionis adolescentes donare solent (in iis enim praesumitur tacitus consensus

Curatoris): qui tamen dona ab iis accepit, non tenetur restituere, nisi repetantur legitime; quia probabile est valere naturaliter, tametsi non civiliter. Mol. Lugo, Trull. Dian. p. 8. t. 6. r. 4. et 7.

677. Cf. dicta ab initio huius 3ae partis sub nn. 55. - 59 cum nota.

CLXXIII. 9. Tenentur Curatores et Tutores singulis annis administrationis rationem reddere; ubi, si quis deses aut noxius reperiatur, amovendus est, imposita satisfactione aliusque subrogandus.

678. Concordant C. Ital. artt. 302. 303. C. G. artt. 469. 470. Tenetur scilicet tutor, exacta tutela, rationem reddere suae administrationis: tum singulis annis (nisi sit avus paternus aut maternus) dum tutela durat debet (C. G. obligari potest) statum suae administrationis exhibere Consilio familiae (seu subrogato tutori C. G.).

CLXXIV. 10. Si Tutor vel Curator, post rationes officii redditas, fidelis deprehensus fuerit, debetur ei praemium; quod quibusdam locis est vicesima pars redituum bonorum omnium Minoris, in aliis autem decima pars.

679. Ius quidem prohibet, ne tutor lucrum ex tutela faciat l. *Qui negotiationem* Dig. *de Administr. tutor.;* permittit tamen ut tutor salarium seu solatium, ut dicitur, pro administratione accipiat l. *A tutoribus* §. 3. Quod A. dicit *deberi,* id pendet, puto, ex consuetudine. Cf. dicta super n. 558. et Ferraris l. c. nn. 112. 113.

Ita et in iure novo sermo non fit de salario aut honorario tutoris: sed consuetudinis erit ratio habenda.

CLXXV. 11. Porro qui non possint esse tutores et curatores; et qui a tutela et curatela excusentur, ne iis imponi possint, ver. gr. habentes quinque filios superstites, pauperes etc. V. apud Tann. l. c. et Sà, v. *Minor,* ubi sic habet: *Tutor non potest esse iunior* 25. *annis, nisi forte mater: nec religiosus, nec femina, nisi mater aut avia (et uxor casu ante dicto) nec Clericus in sacris, si non velit, nec Episcopus, nisi miserabilium personarum. Horum vero tutelam suscipere tenentur et Episcopi et Clerici et Religiosi: quod ego,* inquit, *de religiosis universim non admitto.* V. Laym. l. c.

680. Conferenda sunt iura singularum regionum, ut sciatur qui possint et debeant esse tutores. Ius Gall. et Ital. de Clericis nihil habet: sed ius canonicum adhuc viget. Porro c. ult. dist. 86. ex Conc. Chalced. prohibet ne Clerici tutelas suscipiant, nisi agatur de personis miserabilibus, vel nisi lege, propter agnationem, vocentur ad tutelam: tutelam sane legitimam clericis permittit *Authentica* 123. c. 5. Religiosi autem et ab hac interdicuntur, qui nec cautionem aut fideiussorem dare possunt. Cf. cc. 1. et. 2. *Ne clerici vel monachi* etc. et Laymann. l. c. Etsi vero Clericis et Monachis vetitum sit officium tutelae, eorum tamen actus, si tutelam gesserint, valent; nullibi enim irritantur. Episcopos quoque a quavis tutela prohibuit cit. *Authentica* l. c. Cf. Ferraris l. c. n. 55.

CLXXVI. 12. Si Tutor et Curator, cum tenerentur negotiari, omiserunt, possunt pupilli ab eis accipere 5. pro 100. Sà v. *Curator*. Vid. etiam Nav. c. 25. Plura vid. sup. in 4m praeceptum. Decal. dub. 3.

681. Congruit cum resol. 2.

Dub. II.

Quid et quotuplex sit testamentum.

CLXXVII. Respond. 1. Testamentum est voluntatis iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, cum directa heredis institutione. Quod additur, ut distinguatur a reliquis ultimis voluntatibus; nam differt a legato seu fideicommisso partiali, quod hoc sit donatio quaedam a defuncto relicta et ab herede praestanda: a codicillo vero differt, quia codicillus est quasi testamentum imperfectum et non fit ad instituendum heredem, nisi ex privilegio, verbi gratia, in militia, sed ad aliquid in testamento explicandum, addendum, mutandum, detrahendum, vel ad legata instituenda. Vid. Laym. l. 3. t. 5. c. 1. et seq. Tan. t. 3. d. 4. q. 8. Less. l. 2. c. 19. Bon. d. 3. q. 17. p. 1.

682. Ad successionem in bonis alterius vocatur quis vel *lege* vel *testamento* seu *ultima voluntate* defuncti. Per legem vero non vocatur, nisi deficiente ultima voluntate defuncti. De hac ergo prius loquendum, tum de successione legitima, seu ab intestato.

Testamentum perinde ac testatio (sic dictum, quia testimonium facit voluntatis eius, qui amplius non est) passive accipitur et active. Passive est illud ipsum, quod ultima voluntas hominis disposuit: active est haec ipsa ultima voluntas seu voluntatis sententia.

Multiplex tamen distinguitur ultima voluntas et testamentum species est quaedam, etsi nobilissima, ultimarum voluntatum. Nam ultimae voluntates praeterea sunt aliae quae differunt, sive quoad formam, sive quoad rem contentam, nempe *codicillus, donatio mortis causa, legatum* et *fideicommissum,* quae omnia innuit A. in resp.

683. Et de donatione mortis causa iam cum A. locuti sumus *de Contract. in specie* pag. 557. seqq.

Nunc paucis advertere iuvat cum Laymann l. 3. tr. 4. c. 12. n. 4., quod, secundum formam seu modum suae constitutionis, donatio mortis causa convenit cum pactis seu contractibus; quatenus opus est, ut donatarius donationem mortis causa factam acceptet vel per se vel per alium, cui tamen permissum sit pro altero stipulari. Nam si nemine acceptante, donatio mortis causa fiat in testamento vel codicillo, erit *legatum*.

Secundum effectus vero donatio mortis causa convenit cum ultimis voluntatibus, praesertim cum legatis. Sane et in donatione mortis causa locum habet *Falcidia* et ius accrescendi, si duobus donatum sit, non

secus ac in legatis: ita capacitas donantis ad donandum et donatarii ad accipiendum, attenditur secundum tempus mortis donantis et morte huius interveniente, dominium rei donatario acquiri censetur, ut, quamvis res tradita non fuerit, actio in rem donatario competat adversus heredem: usque ad mortem vero donatio est revocabilis.

Praeterea in donatione causa mortis, sicut nec in legatis, necessaria haud est *insinuatio:* etsi excedat summam 500. solidorum.

Differt tamen donatio mortis causa a legato, quod hoc a testamento pendeat, tanquam accessorium a principali, ut testamento corruente et illud corruat: stante autem testamento, legatum sit praestandum ab herede postquam is adivit hereditatem. At donatio mortis causa independens est a testamento et aditione hereditatis, sed ipsa donantis morte perficitur et confirmatur: ut idcirco, si iam res tradita fuerat, fiat irrevocabiliter donatarii, quin opus habeat is aliqua actione ad eius plenum obtinendum dominium; si vero verbis tantum donata fuerat, donatarius habeat actionem in rem statim adversus heredem, vel iacentis hereditatis curatorem vel quemlibet alium rei donatae possessorem.

Tandem ad sollemnitatem donationis mortis causa, quinque requiruntur testes, quemadmodum pro codicillo. Cf. Laymann l. c. et Molina disp. 288; nam haec sufficiant pro re, quae antiquata apud nos est: donatio enim mortis causa, quae alia sit a legatis, iure novo non admittitur.

684. Hac ergo seposita, ultimae voluntates, iuxta ius commune seu romanum, secundum quod A. loquitur, sunt *testamentum, codicillus, legatum, fideicommissum.* Testamentum definitur a Modestino l. 1. Dig. *de Testamentis: voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit,* utique circa res suas. Pressius ab Ulpiano (cf. Vinnium Inst. l. 2. tit. 10. ab init.): *mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Addunt communiter Doctores, *cum heredis directa institutione;* nam secus testamentum ab aliis ultimis voluntatibus non distingueretur et hoc est proprium testamenti (seposito privilegio), ut heredem instituat. Dicitur *iusta sententia,* h. e. secundum iura, cui nempe iura seu leges non contradicunt et quae sollemnitatibus a lege requisitis instructa est, quod habet Ulpianus. Cum sit voluntas de eo, quod quis post mortem suam fieri vult, refertur haec voluntas ad tempus mortis ideoque ante mortem est semper mutabilis atque hoc est proprium ultimae voluntatis, ut quolibet tempore ante mortem constituta, revocari semper ac mutari possit et solum adveniente morte confirmetur, h. e. irrevocabilis evadat; quandiu enim vivit, qui testatus est, nondum testamentum valet, ut ait, ex communi hominum sensu, Apostolus Hebr. IX. 17.; quia nondum est ultima voluntas et mutari potest.

« Nemo enim sibi legem potest dicere, ut a priore voluntate recedere non liceat » l. *Si quis* Dig. *de Legatis* 3. quod quidem non in solo testamento valet, sed in qualibet ultima voluntate.

685. Nihilominus quemadmodum id non impedit, quominus quis in voluntate olim suscepta iugiter libere perseveret, ita nec impedit, quin testamentum olim conditum promittat quis heredi extraneo instituto, aut legatario, se nunquam amplius mutaturum. Quo facto, quaeritur an is testamentum mutare possit. Quod *valide* etiamtum mutetur, dubitandum non est: nam potestas ad hoc adhuc manet, quam nemo sibi auferre potest, ut mox audivimus: at quaestio fieri potest, an *licita* sit mutatio. Profecto si novae superveniant circumstantiae, propter quas liceat a promissione prius facta recedere, nulla est difficultas et semper sane conditio implicita intelligitur: nisi deinde ita adiuncta rerum et personarum mutentur, ut promissionem revocare conveniat. Quae implicita conditio in ultima voluntate potissimum semper est intelligenda; quia id est per se de ratione illius, ut quandiu testator vivit, mutari possit. Si vero nulla occurrat rationabilis causa faciendae mutationis, tunc in primis videndum quid iura statuant circa has promissiones; nam si iura eas irritent, nulla erit obligatio easdem observandi.

Iam vero ius romanum 1° statuit neminem *posse sibi adimere* facultatem mutandi ultimam voluntatem, ut iam vidimus: statuit quidem ibidem valere mutationem, dummodo in secundo testamento testator significaverit *prioris voluntatis sibi poenituisse:* sed hoc ad probationem rei pertinet et simul ostendit posse reipsa mutari voluntatem. Praeterea 2° in iure cavetur ne pacta fiant et valeant de futura successione. Differunt enim testamenta a pactis et quemadmodum privata auctoritate nequit auferri potestas testandi, ita nec privata conventione sunt testamenta in pacta mutanda. Ita l. *Hereditas* C. *de Pactis conventis*, ubi edicitur hereditatem non pacto sed testamento esse dandam. Ita et l. *Licet* C. *de Pactis*, ubi dicitur, *quod inter privatos scriptum* (pactum), *quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendere.* Cf. Laymann l. 3. tr. 5. *de Testamento* c. 1. n. 4. Atqui promissio pactum quoddam est: ergo iure romano huiusmodi promissiones ut nullae habentur.

Huc facit et moderna lex C. C. Ital. art. 916. « Nequit quis quolibet modo renuntiare libertati revocandi aut mutandi dispositiones testamentarias: quaelibet clausula aut conditio contraria caret effectu ».

686. Et satis congrua est huiusmodi irritatio, ut ultimis voluntatibus sua indoles servetur, quarum proprium est, ut morte testatoris confirmentur et ne testamenta in pacta mutentur. Haec irritatio esse videtur propter commune bonum, quemadmodum propter commune bonum est a publica

auctoritate vel instituta vel firmata facultas testandi: posse enim testari publici iuris est.

Sane l. 51. Dig. *de Verbor. oblig.* dicitur: *Stipulatio hoc modo concepta: « si heredem me confeceris, tantum dare spondes », inutilis est; quia contra bonos mores est haec stipulatio.* Pacta scilicet de hereditate dicuntur esse contra bonos mores, utique non quatenus id per se sit naturaliter malum, sed quatenus est contra eos mores, quos publica auctoritas vult esse in societate, ob bonum commune: contra bonos mores nempe non *naturales*, sed *civiles*. Et sane militibus id permittitur l. *Licet* C. *de Pactis* (cf. Molina disp. 579. n. 2.). Restat tamen ut propter commune bonum haec pacta irritari censuerit iurisperitus l. c.

687. Quid vero si his promissionibus iuramentum addatur, aut quis simpliciter iuret, se testamentum non revocaturum? Confirmaturne promissio iuramento, ut, etsi promissio lege irritetur, propter sanctitatem tamen iuramenti, valeat promissio et fiat irrevocabile testamentum?

In primis certum est, ex iuramento non aliam oriri obligationem, praeter eam, quae est ex religione; certum est scilicet haud oriri ex iuramento obligationem iustitiae erga eum, cui facta sit promissio, quae obligatio deinde et ad heredes transeat; iuramento enim obligatio tota est ex religione: cf. quae dedimus ex s. Alph. V. 2. *de Iuramento*, n. 92.

Quamvis vero romanae leges concedant actionem frequenter iis, quibuscum iurata pactio inita est, contra eos, qui iuraverint, etsi pactio irritata sit a lege ob favorem privatorum; id non probat, ex iuramento oriri obligationem iustitiae; oritur enim ex pacto, a quo, propter religionem iurisiurandi, aufert lex irritationem. Cf. l. c. n. 91.

Nunc agitur de promissione cum iuramento non revocandi testamentum et supponitur promissio lege civili irritata ob bonum commune. Confirmaturne promissio iuramento?

Diximus l. c. n. 91. quod pacta irritata ob bonum commune, eo quod sint contra bonos mores, non confirmantur iuramento. Qua in re adverte cum Sanchez *Decal.* l. 3. c. 12. n. 2., aliud esse, iuramentum confirmare pactum seu contractum, aliud iuramentum vim obligandi retinere. Confirmatur iuramento pactum, quando pactum iure irritum vi iuramenti fit validum, vel pactum iure rescindibile, vi iuramenti evadit irrescindibile. Iam monuimus hanc validitatem vel irrescindibilitatem petendam esse ex positivo iure, quod, stante iuramento, eam constituit, non ex ipsa vi iuramenti, quod Sanchez docet *Decal.* l. 3. c. 12. n. 3.

Iam vero irritatio pacti de non revocando testamento est ob bonum commune, cf. Laymann *de Iuramento* c. 8. n. 4.; idcirco huiusmodi pactum iuramento non confirmatur et hanc esse frequentissimam sententiam ait Sanchez *Decal.* l. 7. c. 2. n. 34. Atque haec ubi leges eam vim iuramento tribuunt.

At nihilominus obligatio esse potest servandi iuramenti sive exsequendi eius quod iuratum est, propter iuramentum. Sane C. *Quamvis, de Pactis* in 6. Bonifacius VIII. docet iuramentum (etsi additum pacto a iure irritato) servandum esse, quoties « non vergat in aeternae salutis dispendium nec redundet in alterius detrimentum ». Atqui huiusmodi non est observatio talis iuramenti: nam nec est contra bonos mores naturales id iurare nec ulli iniuriam facit nec ad peccandum provocat (cf. in hac P. n. 161. seqq.). Quemadmodum enim nemo tenetur mutare aut revocare testamentum olim conditum et potest nolle mutare aut revocare ita ut tandem sit illa ultima sua voluntas: sic potest se etiam ad id iuramento vel voto obligare; potest enim quis sponte se obligare ad id, quod licet. Nec ulli detrimentum, utique iniustum, affert; supponimus enim testamentum iustum esse.

Quia vero obligatio est tantum ex religione, licebit ei relaxationem iuramenti petere ab ecclesiastica auctoritate, qua obtenta, res eo loco erit ac si solum promiserit. Cf. Lugo disp. 24. nn. 21.-26.

Porro idem dicendum, si, absque promissione, simpliciter quis iuret, se non revocaturum aut mutaturum ultimam voluntatem.

Itaque Ecclesia urget observationem iuramenti, cum sine peccato fieri potest: at non est cur censeamus velle eandem, ut iuramenta confirment contractus irritos; cum id necessarium non sit ad finem a se intentum nec proprie spectet ad suam iurisdictionem, si de contractibus civilibus agitur.

688. Si vero sola promissio facta sit et nulla sit lex irritans talem promissionem, considerandum erit, an qui promisit, obligare se voluerit ex sola fidelitate, an ex iustitia. Si ex sola fidelitate, nihil pro compensatione alteri debet, si dispositiones testamentarias mutat; quia iustitiam non laesit: si ex iustitia obligatus est (quod certe haberet locum, si pactum esset onerosum), videndum erit, an promissio fuerit acceptata; secus enim non obligat: si acceptata fuit, tunc ipse testator vel eius heres damnum compensare debet, ut ait Lessius l. 2. c. 19. nn. 98. 99.

Sed haec frequenter seges foret interminabilium litium, cum heres aut legatarius ex testamento valido nihil se debere affirmaret; quod ostendit rursus, quam merito huiusmodi pacta irritentur.

689. Dictum est in definitione testamenti: *cum heredis directa institutione:* hoc enim, iuxta romanum ius, proprium est testamenti, ut heres instituatur et quidem *directe. Directa* institutio est, cum nominatur heres, cui immediate debetur hereditas: *indirecta* est, cum rogatur heres, sive institutus testamento sive ab intestato sit, ut acceptam hereditatem alteri reddat. Talis indirecta institutio, quae substitutio quaedam est, potest fieri *codicillo.*

Adeo necessaria erat testamento heredis institutio, ut ea deficiente, testamentum nullum esset. Inst. l. 2. tit. 23. §. 2. Idcirco breviter testamentum definiri potest; *ultimae voluntatis nostrae iusta sententia de heredis institutione;* nam ceterae dispositiones omnes abesse possunt a testamento.

Quemadmodum solo testamento heres directe institui poterat, ita et solo testamento exheredatio facienda erat l. 30. Dig. *De liberis et postumis* etc. Inst. l. 2. tit. 25. §. 2. l. *Si idem* C. *de Codicillis* l. 14. C. *de Testamentis.*

690. *Codicillus* (parvus codex) est suprema voluntas de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, absque directa heredis institutione, ut si quis legata heredi imponat aut fideicommissa etc. Codicilli ergo eo spectabant, ut praeter heredis institutionem aut exheredationem, cetera posset de suis testator disponere. Inst. l. 2. tit. 25.

Codicilli plures esse poterant, ibid. §. 3. omnesque servandi, nisi priori posterior contradiceret, quo in casu prior infirmabatur l. *Cum proponatis* C. *de Codicillis:* testamenta vero plura esse nequibant; sed posterius vim priori adimebat, etsi deinceps posterius effectum non haberet. « Posteriore testamento, ait Iustinianus Inst. l. 2. tit. 17. §. 2., quod iure perfectum est, superius rumpitur nec interest, exstiterit ne aliquis heres ex eo (posteriori) an non ».

Solebat testamento condito adiici *clausula codicillaris,* quae duplex erat, *expressa* aut *tacita.* Expressa in hunc modum: *si haec mea dispositio non valet vi testamenti, volo, ut valeat vi codicilli:* tacita hoc pacto: *si haec mea dispositio non valet vi testamenti, volo, ut valeat omni meliori modo, quo potest.*

Cuius clausulae praecipuus effectus erat, ut si testamento deerat sollemnitas pro testamento requisita, aderat tamen ea, quae pro codicillo sufficiebat, vim codicilli dispositio obtineret. Ceteros effectus ex ea provenientes vide apud Auctores e. gr. Ferraris l. c. art. 4. nn. 22. seqq.

691. *Fideicommissum* ita appellatum est, quia testator heredem non iubebat dare, sicut in legatis, sed rogabat, fidei eius rem committens: deinceps vero huic rogationi auctoritas publica accessit, ut heres teneretur facere, quod rogabatur. Inst. l. 2. tit. 23. §. 1. In eo situm est fideicommissum, ut quis suprema voluntate roget heredem sive a se institutum, sive ab intestato, ut hereditatem aut partem eius (fideicommissum universale) vel res singulas (fideicommissum particulare) reddat alteri. Opus ergo erat, ut aliquis primum iure heres esset, cui titulus heredis manebat, etiam post restitutam hereditatem.

Haec est obliqua ratio obtinendae hereditatis et substitutio mediata; nam alia est substitutio immediata. Haec est, cum nimirum quis aliquem

heredem ita vocat, ut si is non possit aut nolit, alter heres sit: quo pacto alter quoque immediate a testatore eligitur eiusque est heres, non eligitur mediante priore, a quo hereditatem accipiat, quemadmodum fit in substitutione fideicommissaria. Inst. l. 2. tit. 15. Cf. art. 3. seq.: de qua re inferius.

692. Legatum est *donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda.* Ita Iustinianus Inst. l. 2. tit. 40. §. 1. Florentinus autem in Dig. *de Legatis* etc. l. 116. definit legatum: *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Legatum fit modo imperativo, veluti particularis lex dicta heredi, quod et nomen eius significat, quod est a *lego,* priore producta, quod est a *lex.*

Dicitur a Iustiniano donatio *quaedam;* quia non est proprie donatio, cum res non sit acta inter duos, alterum dantem, alterum acceptantem.

A defuncto relicta, ut nempe recta a testatore ad legatarium res transeat, non interposita alia persona, ut fit in fideicommisso. *Ab herede praestanda,* quia omne legatum sic relinquitur, ut praestetur post mortem testatoris, ideoque ab herede. Etsi vero, ut diximus, legatum recta a testatore ad legatarium transeat, id tantum pertinet ad rei dominium; nam possessio nihilominus petenda est ab herede et ab eo praestanda. Vinnius in tit. 20. l. 2. §. 1.

Patet similia esse legata fideicommissis particularibus eaque his exaequavit Iustinianus l. 2. tit. 20. §. 3.

693. Haec ἐν τύπῳ dicta sint de natura ultimarum voluntatum ex iure romano, ut Auctori morem geramus. Iis autem, quae tradidimus, non admodum respondet modernum ius Gallicum et Italicum. Testamentum ibi sic definitur: *Actus revocabilis, quo quis, iuxta regulas a lege statutas, disponit, pro tempore quo vivere desierit, de omnibus suis substantiis aut parte earum in favorem unius aut plurium personarum.* C. C. It. art. 759.

Institutio proinde heredis non est necessaria et discrimen testamenti a codicillo est sublatum. « Quilibet, ait C. C. G. art. 967., potest de suis rebus disponere ope testamenti, sive sub titulo institutionis heredis, sive sub titulo legati, sive sub qualibet alia denominatione idonea ad manifestandam voluntatem suam ». Ita et C. It. art. 827.

Dispositio testamentaria triplex esse potest, aut *universalis,* aut *ex titulo universali,* aut *ex titulo particulari.* Prima est, cum testator uni aut pluribus relinquit universalitatem suorum bonorum: altera est, cum testator alicui relinquit certam partem, ut semissem, trientem, aut omnia immobilia aut omnia mobilia, aut certam partem earum. C. G. artt. 1002. 1003. 1060. In C. It. utraque dispositio vocatur *ex titulo universali* art. 760. Quaelibet alia dispositio est *ex titulo particulari,* utroque in

iure, G. art. 1010. §. 2. It. 760. §. 2. Porro priori duplici exsistente dispositione, iuxta ius It. art. 760., habetur heres, tertia solum legatarius. Neutrum ius admittit substitutionem mediatam seu fideicommissum. C. G. art. 896. C. It. 899. 900.: nisi C. G. in certo casu. Vide infra. Haec quidem dispositio censetur a quibusdam iniusta; certe nimis coarctat facultatem testandi. Non prohiberis quidem, cui vis relinquere id, de quo disponere tibi licet: sed interdicitur hic modus obliquus, quo heres etiam necessarius gravari potest et ita ut nomine tantum tenus heres videatur et sit (677).

Ab institutione fideicommissaria differt ea, quae dicitur *institutio fiduciaria,* quatenus in ea palam, in hac clam seu remotis arbitris, fidei heredis committitur restitutio hereditatis. An in conscientia tamen uterque teneatur hereditatem restituere, quaeremus suo loco.

694. Heic quaestio agi potest, an facultas testandi et generatim disponendi de rebus suis post mortem suam, sit a iure naturae an a iure positivo. Non quaeritur an ius naturae suadeat, probet et quodammodo inchoative conferat hanc potestatem, sed an conferat integram in suo esse, ita ut lex positiva eam inveniat iam constitutam, non constituat aut intrinsece absolvat; licet, quemadmodum et in aliis naturalibus facultatibus contingit, eam regere, modificare et certos eius actus, propter commune bonum, irritare quoque valeat.

Quaestio vero potissimum fit de ea dispositione, qua quis non heredibus *necessariis* et *suis* aliquid relinquit, sed qua relinquit *extraneo:* heic enim maxime apparet facultas de suis rebus disponendi: in priore autem casu vel relinquit quod vi legis debet, vel censeri potest relinquere, quod iam in familiae potestate est.

Molina disp. 124. n. 12. coll. 81. n. 16. seqq. ait, posita rerum divisione, facultatem de rebus suis disponendi per ultimam voluntatem esse de iure gentium, imo naturali, quidquid quidam in contrarium dixerint: quemadmodum, earundem rerum divisione posita, de iure gentium, imo naturali est, posse celebrari permutationes et alios contractus ex illisque consurgere obligationem. Quod argumentum sic declarat et evolvit Lehmkuhl v. 1. n. 1144.

« Interna ratio, quae hanc naturalem facultatem probet atque evincat, ita fere enunciari potest. Fines illi, propter quos natura ipsa postulat rerum divisionem et privatum dominium, parum efficaciter attinguntur, nisi certo aliquo modo homo disponere possit, quid velit post mortem suam de rebus suis fieri. Verum ad fines ex naturali ordine necessarios, naturalis ordo ipse confert ius adhibendi media efficacia, seu naturalis ordo recti postulat, ut necessarii fines efficaciter attingantur: ergo postulat etiam, ut homo disponere possit, quid de rebus suis velit fieri

post mortem. Nimirum fines illi, qui postulant privatum dominium, sunt ut servetur pax atque iurgia perpetua praecidantur, ut securus reddatur usus rerum temporalium, ut sufficiens habeatur instigatio hominis ad exerendas vires suas atque prosperitatem promovendam. Haec autem omnia languerent, in summum periculum vocarentur, si homo timere deberet, ne post mortem suam quilibet ipsius bona occupare posset, exclusis etiam iis, qui sibi maxime cari essent et quos nosset continuaturos ipsius opera atque speciales fines, propter quos bona externa collegerat ».

Quibus postremis verbis comprehendit heredes necessarios et suos.

Additur argumentum ex auctoritate; nam, ut idem ait scriptor n. praeced., « veteres scriptores id quasi uno ore aut fatentur aut pro indubitato sumunt ».

« Vel enim docent leges civiles circa testamenta (sive « certo » sive « fortasse ») non ipso facto informia testamenta irritare, sed usque ad sententiam iudicis illis *relinquere suum naturalem valorem.* Vel docent, informia testamenta ipso facto etiam in conscientiae foro esse irrita (iique sunt innumeri), id tamen repetentes ex eo, quod lex positiva ea irrita fecerit, alias ea plane valida evasura esse, indubitanter sumentes ».

Quid quod ipsum ius romanum hoc idem testatur, id loco axiomatis statuens: *Nihil est tam conveniens naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam habere.* Inst. l. 2. tit. 1. §. 40. vel quod, de testamentis proprie loquens, ait. l. 1. C. *de Sacros. Eccl. Nihil est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis (postquam iam aliud velle non possunt) liber sit stilus et licitum* (al. *liberum*), *quod iterum non redit, arbitrium.*

695. E contrario alii arguunt brevius, sed forte efficacius. E iure naturae nequit esse facultas disponendi de rebus suis pro eo tempore, quo ab ipso iure naturae homo privatur proprietate et dominio earum. Quid diceres ex. gr. de emphyteuta, qui postremo anno conductionis suae, disponeret de dominio utili in favorem alterius, pro anno sequenti? Nullam esse dispositionem vel hoc ipso diceres, quod disponat pro tempore, quo res non est sua ideoque tandem disponat de re non sua. Atqui hic est reapse casus noster. Iure naturae homo mortuus caret quolibet dominio rerum, quas vivus possedit, quomodo ergo de iis disponere potest et quidem iure naturae? Quocirca testamenti factio *iuris* esse dicitur *publici* non *privati* l. 3. Dig. *Qui testamenta* etc.; quia ius testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed iure publico et legibus cuique tribuitur.

Reponit Vinnius Inst. l. 2. tit. 10. ab init. n. 3. « Assumptio haec falsa est; non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est (an id est satis?), testator disponit et quid fieri velit, or-

dinat, licet exsecutionem suae voluntatis in tempus mortis suae suspendat. Quod non magis pugnat cum naturali ratione, quam si quis bona sua omnia alicui donaret, ea lege, ut ipse, quoad vivat, usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut recte docet Dr. Grotius l. 2. *De iure belli et pacis* c. 6. n. 14., testamentum vi ipsa nihil aliud est, quam alienatio in mortis eventu, ante eam revocabilis, retento interim iure possidendi ac fruendi ».

696. Quae non probantur Heinneccio, qui, inter alia, subdit. « Omnino rationi naturali repugnat, alicui ius esse statuendi de rebus suis, ita ut post mortem voluntas valere incipiat, ubi iam velle desiit et mors omnia solvit. Quod animadvertens vir acutissimus Leibnitius *in nova Methodo Iurisprud.* p. 56. seq. ad animarum immortalitatem confugit, ut sic perdurare voluntas mortuorum videatur: quod nimis dilutum est. Nec donationis exemplum a Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos, statim dominium transfert, quamvis sibi usum possessionemque reservet. Grotii definitio non exhaurit naturam testamenti, de quo nobis quaestio est; quis enim dixerit, testatorem, quoad vivit, tantum ius possidendi et fruendi sibi reservare; cum res suas vendere, donare, quin ipsam ultimam voluntatem mutare possit? Et quis dixerit, eam alienationem esse revocabilem, qua nihil alienatur et quae revocari potest antequam valere coepit? »

Addit: « Denique nec usu et necessitate exigente testamenta inventa sunt, quum nulla necessitas fingi possit, quae homines adegerit ad testandum; quum iam leges exstent de successione, imo haec testamenti factio saepe incommodis oneret rempublicam ».

697. Eligat sententiam lector, quae sibi magis probatur: nos, attenta communi definitione ultimae voluntatis, non diffitemur, quod sententia negans nobis vero propior videtur.

Nec sane videmus gravia incommoda suboritura, si quilibet intestatus e vita discederet, succedentibus heredibus necessariis et suis, quod suadente certe iure naturae, omnis lex positiva statuit: ita ut non voluntas defuncti, in qua situm est testamentum, sed voluntas publica legis de successionibus disponeret, dummodo aequitatem servaret.

Diximus *attenta definitione communi testamenti aut ultimae voluntatis;* nam si rem ita concipias, ut testator dominium suarum rerum transferat in alium, non post mortem suam, sed ultimis instantibus vitae suae (quorum cognitio certa evadit per secutam mortem); forte aliter dicendum esset, etsi quoad effectum videatur discrimen esse plusquam leve et in fraudem iuris inventum. Etenim in quolibet instanti vitae suae, quandiu quis est dominus, iure naturae transfert dominium rei suae in alium, qui evadens hoc ipso dominus, iure eam possidet perpetuo, quidquid dein-

ceps priori domino futurum sit. Non enim quoad hoc differunt instantia vitae, sive multum sive parum distent a morte. Sed unusquisque in suo sensu abundet.

Certe illud negandum non videtur, factionem testamenti esse iuris gentium atque positivas leges irritantes, saltem modernas, non velle testamenta habenda esse nulla, nisi postquam sententia iudicis accesserit. Cf. dicta ab initio huius P. nn. 24.-44. cum nota.

698. Quaeri heic rursus potest, an quis teneatur testamentum condere. Per se nulla est obligatio; quoniam iam lex satis consuluit successioni intestati, qui propterea, sicut potest se illi conformare, ita potest et a testando abstinere. Per accidens vero obligatio esse potest eademque gravis. Et 1° quidem si debita quaedam solvenda forent aut restitutiones faciendae, quae, nisi ultima voluntate manifestentur et praecipiantur, ab heredibus negligerentur: 2° si probabiliter praevideantur exoriturae lites, nec sine rationabili causa, in divisione bonorum, quas testator dispositione sua facile prohiberet. Praeterea 3° si merita filiorum sint valde diversa et alter de patre et familia bene meritus sit ac recte usurus sit bonis, alter immorigerus sit et bona dilapidaturus vel in meretricibus consumpturus, decet sane (et pro indole rei obligatio quoque gravis esse potest), ut quae in arbitrio suo est sita, partem bonorum pater optimo filio relinquat, ad quod opus est testamento. Item si cavere oporteret ne hereditas veniat ad heredem ab intestato, qui ea esset abusurus, esset testamento alius heres vocandus.

Rursus si tutor minori dandus sit et, nisi parens constituat, in pessimorum manus minor sit lapsurus, opus est, ut parens, nisi aliter consuluerit, testamento provideat. Idem dic de similibus. Tandem valde decet, ut, pro facultatibus suis, moriens animae suae consulat aliquo pio legato, quo suffragiis spiritualibus adiuvetur. Cf. Lugo disp. 24. nn. 22. 23. et Laym. l. c. c. 3. n. 10.

Confessarius ergo, cum opus est, moriturum opportune moneat, ut rebus suis ultima voluntate provideat atque, si facultas sit, animae quoque suae consulat; caveat tamen confessarius ne lucrum sibi captet aut captare videatur.

CLXXVIII. Resp. 2. Testamentum est duplex. 1. In scriptis seu clausum: quod testamentum testator, sive sua sive alterius manu scriptum, septem testibus idoneis, non defectuosis, non caecis, non surdis, mutis, nec furiosis, prodigis, infantibus, religiosis, cognatis, qui in testatoris potestate sunt (quibus adde ipsum heredem et qui in eius sunt potestate) sed masculis, puberibus, liberis, ad id rogatis et vocatis coram offert, profitendo id esse suum testamentum: tum, si possit, manu sua subscribit, alioqui octavus pro eo testis: dein omnes et singuli septem testes eodem tempore subscribunt, si possint, per seipsos, proprioque vel alieno aut communi omnes sigillo consignant. Laym. l. c. Bonac. dist. 3. qu. 12. p. 1. 2. Nuncupativum, quod

minorem sollemnitatem requirit, scilicet tantum, ut septem testes idonei supradicti convocati audiant et intelligant testatoris voluntatem, coram eis scriptam vel voce articulata prolatam. Etsi vero talis nuncupatio coram testibus a notario in scriptum communiter redigi soleat, id fit non ad actus substantiam servandam, sed ad meliorem probationem et securitatem, si testes decedant vel inidonei reddantur. Si autem testamentum careat sollemnitate debita dubiteturque, utrum testator voluerit conficere clausum an apertum, valet, ut nuncupativum; haec enim praesumitur testatoris voluntas, ne actus omnino corruat. Sanch. l. 4. *Cons.* Lugo t. 2. *de Iust.* d. 24. Bard. d. 6. q. 10. §. 1.

Porro praeter has sollemnitates iure communi requisitas, aliae sunt partialium locorum, quas in singulis locis norunt periti Notarii: qui proinde, ne impingatur, utiliter adhibentur.

699. Diximus testamentum ex iure romano in heredis institutione consistere. Ut autem verum testamentum sit sive ut in foro civili valeat, sollemnitas quaedam requiritur. Sermo est de testamento ordinario, exceptis scilicet privilegiatis, de quibus postea.

Duplex est forma huiusmodi testamenti: alterum dicitur testamentum *scriptum*, alterum *nuncupativum*, voce nempe prolatum et auribus acceptum a testibus: prius etiam *clausum* dicitur et alterum *apertum*; quia priore heres et dispositio testamentaria non manifestatur testibus, sed solum iis significat testator hoc esse suum testamentum, altero quis sit heres et quae testamentaria dispositio, palam testibus panditur. Maior sollemnitas est in *scripto*, quod et frequentius erat, cum saepe interesset testatorum celare heredem et maiori etiam securitate munitum esset.

Porro sollemnitates pro utroque requisitae describuntur ab A., ubi ea conditio *si possint*, cum agitur de testium subscriptione in testamento scripto, forte irrepsit in textum praeter mentem Auctoris; nam subscriptio manu testium absolute requiritur Inst. l. 2. tit. 10. §. 3. sicut et consignatio ibid. Cf. l. *Hoc consultissima* C. *de Testamentis*. Non opus est autem in his sollemnitatibus testamenti declarandis diu immorari, quae aetate nostra potius ad historiam, quam ad scientiam pertinent: cf. sis, quaestiones inde ortas apud Lugo disp. 24. sect. 1ª.

Quod spectat ad codicillos, haec satis sit tenere: 1° codicillos ab iis solum fieri posse, qui possunt testari: 2° codicillos tum scripto, tum oretenus fieri posse: 3° quinque testes sufficere nec oportere esse ad hoc rogatos aut mares: 4° testes pro *codicillo* scripto subscribere debere. Cf. Ferraris v. *Testamentum* art. 4. nn. 5.-9.

700. Moderno iure Gallico et Italico duplex forma ordinarii testamenti admittitur. Primum est testamentum *holographum*, quod nempe integrum scribatur a testatore, addita per eundem nota anni, mensis, diei et nominis sui subscriptione. Nulla alia forma requiritur pro valore. C. G. art. 970. Ita et C. It. art. 775. qui disserte postulat ut nominis subscriptio ad finem dispositionum apponatur.

Nota ergo loci non est necessaria et nota temporis tum integris litteris tum signis arithmeticis fieri potest, licet illud sit tutius. Cf. Gury. v. 1. §. 817.

Alterum est testamentum, notario interveniente, conditum et duplex est, *publicum* nempe et *secretum* seu *mysticum*.

Publicum est, quod a duobus notariis, dictante testatore, excipitur, praesentibus duobus testibus, vel ab uno notario, praesentibus quatuor testibus, qui testes esse debent mares, maiores, cives, fruentes iuribus civilibus, exclusis legatariis ex quovis titulo, parentibus et cognatis testatoris, usque ad 4^m gradum (h. e. intra 2^m iuxta computationem canonicam in linea transversali) inclusive et scribis notariorum qui actum excipiunt. Hi vero omnes, quos exclusos dicimus a munere testandi, reiiciuntur solum in testamento publico, de quo nunc agimus. Testamentum a notario scriptum subscribendum est a testatore et testibus: si autem testator declaret se nescire aut non posse subscribere, huius declarationis mentio in actibus facienda erit atque etiam causae, qua prohibetur subscribere. C. G. artt. 971.-975. et 980. Ita ex parte C. It. art. 777.-781. qui disserte postulat subscriptionem notariorum et in numerum testium admittit extraneos quoque residentes in regno atque excludit solum studiosos et amanuenses notariorum art. 788. Diximus ex parte; quia non excluduntur a munere testium legatarii ex quovis titulo, ideoque nec heres, qui in re et causa sua testimonium diceret: an vero conveniat arcere simplices legatarios, quos nec Iustinianus reiecit a testimonio tit. cit. § 11., confer ibidem Vinnium bene disputantem.

Mysticum seu *secretum* testamentum hoc pacto conditur. Testator dispositiones suas vel manu sua vel manu alterius scriptas subsignat et chartam claudit ac sigillum ei apponit vel papyro, quo involuta est. Tum testamentum sic clausum et sigillo munitum offert notario et sex testibus, aut si prius non clausit et sigillavit, id faciet ipsis praesentibus, declarans, quod in eo scripto continetur, esse suum testamentum. Actum receptionis notarius scribet in eadem papyro, in qua scriptum vel qua involutum fuit testamentum et subscribent testator, notarius et testes. Si testator subscribere nescit aut non potuit, cum suas dispositiones scribere fecit, septimus vocabitur testis, qui subscribat et mentio fiet causae, ob quam hic testis est appellatus. C. G. artt. 976. 978. Codex Italus quatuor tantum testes postulat et, si testator subscribere nequeat, id solum requirit, quod in testamento publico requisivit, eadem exsistente hypothesi artt. 782.-783.

Qui nesciunt aut nequeunt legere, non possunt mysticum testamentum condere. C. G. art. 978. C. It. art. 785.

Quaedam adduntur de iis qui sciunt legere, sed non scribere, tum de mutis et surdo-mutis, quae cf. sis.

701. Antequam quaestiones sequentes cum A. attingamus, iuverit, puto, heic subdere, quae pertinent iure sive antiquo sive novo ad testamenta *privilegiata;* nam et ea generatim aliquas conditiones requirunt.

Iure romano haec sunt testamenta privilegiata. I. *Testamentum parentis inter liberos:* parentis, inquam, sive patris sive matris sive aliorum ascendentium utriusque stipitis: liberi proinde et nepotes cuiusque gradus intelliguntur. Testamentum ergo inter liberos dicitur, quod vel pater vel mater vel ascendentes in linea recta faciunt, in eo liberos seu nepotes instituentes heredes. l. *Appellatione* Dig. *de Verb. appell. et Novella* 107. *in praefatione.*

Poterat olim fieri vel *scriptum* vel *nuncupativum* et satis erat quocumque modo parentis voluntas significaretur: sed nuncupativum Iustinianus *Novella* 107. sustulisse videtur, qui legem de huiusmodi testamento inter liberos declarans, de solo scripto loquitur. Non ita tamen omnes interpretes sentiunt, ut Vinnius ad §. 4. tit. 10. lib. 2. qui affirmat nuncupatam voluntatem parentis ratam esse, dummodo de ea, sicut de ceteris rebus, constet h. e. saltem per duos testes. Cf. et Ferraris v. *Testamentum* art. 2. n. 29.

Porro ut testamentum hoc scriptum valeat, sufficit, quod parens scribat propria manu nomina filiorum, uncias, in quibus eos heredes constituit, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas et praeterea tempus, quo testamentum fecit. Haec defuncti dispositio servanda est, etsi sollemnitate legum (quae in testamentis ordinariis requiritur) fuerit destituta. Ita l. *Inter omnes* C. *Familiae erciscundae* et *Novella* 107. c. 1. Porro si ipse parens testamentum scripsit, non opus est eius subscriptione; secus, si ab alio scribi fecit l. *Hac consultissima* §. 1. C. *de Testamentis,* iuncta *Authentica* seq. *Quod sine.*

Iam vero testamentum patris inter filios naturales et spurios non gaudet hoc privilegio; gaudet vero testamentum matris. Cf. Ferraris l. c. nn. 35. 36.

Si in privilegiato testamento persona extranea filiis admisceretur, cui aliquid relinqueretur, haec dispositio nulla esset sed liberis accresceret. l. *Hac consultissima* cit. §. 2.

2. *Testamentum militis in expeditione occupati.* Nam « quamvis milites neque legitimum numerum testium adhibuerint neque aliam sollemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur, cum in expeditionibus occupati sunt. Quoquo enim modo voluntas eius supra inveniatur, sive scripta sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate eius ». Inst. l. 2. tit. 11. ab init. Idcirco militi iamiam pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus loco papyri esse possunt, sanguis pro atramento, ensis pro stilo. Cf. Vinnium ibid. Si verbis fit, testes requiruntur, quibus

probetur, ibid. §. 1. qui, cum lex nihil peculiare statuat, sufficient duo. Quod et pro scripto valebit, si de scriptura dubitetur. Vinnius ibid. Porro hoc testamentum in castris iure militiae factum, ius suum retinet etiam intra annum post missionem seu post expeditionem absolutam tit. eod. §. 3.

3. *Testamentum rusticorum.* His enim, si in locis sint, in quibus rari sint homines litterati, conceditur ut quinque solum testes pro testamento sive scripto sive nuncupativo adhibeantur, non autem minus quam quinque et praeterea conceditur ut, si non omnes testes scribere sciant, unus aut alter pro ceteris quoque subscribat l. ult. C. *de Testamentis.*

4. *Testamentum Principi oblatum,* quod nempe prius scriptum, Principi vel eius nomine deputatis testator offert, rogans ut auctoritate Principis sustineatur, est maxime privilegiatum, ut nulla alia indigeat sollemnitate: pariter si testator coram Principe vel eius nomine deputatis oretenus ultimam suam voluntatem declaret, rogando Principis auctoritatem l. *Omnium* C. *de Testamentis.*

5. Item testamentum *ad Acta datum* et illud est, quod prius absque ulla sollemnitate redactum testator Iudici vel ab eo deputatis offert: sive *apud Acta* vel *coram Actis factum,* cum nempe oretenus testator voluntatem suam coram Iudice vel ab eo deputatis manifestat. Ex l. cit.

6. Privilegiatum etiam censetur *testamentum tempore pestis* grassantis conditum: pro quo interpretes iuris quinque aut duos testes satis esse dicunt. Atque id alicubi servabatur. Cf. Ferraris l. c. art. 2. n. 51. At potius dicendum, quod, impossibili moraliter evadente plena observatione legis, servare sufficit, quod ex ipsa intentione legis alias manifesta, satis est, ut voluntas defuncti innotescat. Nihilominus l. 8. C. *de Testamentis:* permittitur quidem ut testes seorsim accedant, non vero ut numerus testium minuatur.

Tandem privilegiatum iure ipso romano quidam putant *testamentum ad causas pias,* eo quod l. 1. C. *de Sacros Eccl.* Constantinus iusserit: *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo Catholico venerabilique concilio* (h. e. *ecclesiae*) *decedens bonorum, quod optaverit, relinquere et non sint cassa iudicia (eius)* ».

Sed aliud est legitimam facultatem tribuere instituendi heredes aut legatarios ecclesias, cuius facultatis authentica declaratio fuerit ea aetate necessaria, aliud est talia testamenta eximere a sollemnitatibus legis. Verum certe iure canonico, cui omnis civilis potestas in republica christiana, quoad res religiosas et causas pias, obnoxia est et a qua ius romanum semper passum est emendari, privilegiata sunt huiusmodi testamenta: at de hac re paulo post cum A.

702. Iure moderno haec sunt testamenta privilegiata l. *Testamentum militis et eorum qui ex officio sunt exercitibus addicti,* dummodo sint in

militari expeditione occupati, aut in statione extra reipublicae territorium, aut captivi apud hostes, aut in territorio reipublicae obsessi intra castrum sive alium locum, cuius portae sint clausae et communicatio abrupta propter bellum. C. G. artt. 981. 984. 988. C. I. artt. 799-802.

Privilegium in hoc est situm, quod testamentum, quolibet in loco excipi potest a centurione aut alio quolibet superiore duce, (C. G. par un chef de battaillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur. C. It. da un maggiore o da qualunque altro ufficiale di grado uguale o superiore) vel ab uno aut duobus belli commissariis (C. G. ou par deux commissaires des-guerres ou par un de ces commissaires. C. I. o da un intendente militare o commissario di guerra) praesentibus duobus testibus.

Et si testator infirmus est aut vulneratus, excipi eius testamentum poterit a supremo praefecto sanitatis, assistente duce militari, cui contradita est politia hospitii (C. G.) a curatore sanitatis, qui actu ministerium praestat (dall' ufficiale sanitario di servizio C. I.) coram duobus testibus.

Testamentum subscribendum est a testatore et duobus testibus: at si testator nequit scribere, huius rei declaratio fieri debet, quae rursus facienda, si unus ex testibus nescit subscribere.

Haec dispositio de subscriptionibus valet et pro aliis testamentis privilegiatis.

Testamentum huiusmodi evadit nullum, elapsis mensibus sex (C. G.) tribus (C. I.) a die, quo testator ad ea se receperit loca, ubi integrum ei sit forma uti ordinaria.

2. *Testamentum tempore pestis*, si fiat, ubi propter pestem, omnis communio cum aliis locis sit abrupta, sive ab aegrotis fiat, sive a sanis. Istud fieri potest ante iudicem pacis aut quemdam municipii officialem, duobus testibus praesentibus. Elapsis vero sex mensibus a restituta communicatione locorum aut a reditu testatoris ad loca libera, testamentum nullum erit. C. G. artt. 985.-987.

C. It. decernit huiusmodi testamentum valere, si scriptis excipiatur a notario aut iudice aut syndaco aut huius gerente vices aut ministro cultus, coram duobus testibus. Testamentum subscribendum est ab eo, qui illud excipit et si fieri potest, a testatore quoque et testibus: veruntamen valebit testamentum his postremis subscriptionibus destitutum, dummodo mentio fiat causae, propter quam haec formalitas est omissa. Testes et feminae esse possunt, si annos sexdecim excesserint. Quod ultimo loco statuit C. G. idem habet et It. artt. 789.-790.

3° *Testamentum in mari factum*. C. G. artt. 988. 990. 996. C. I. artt. 791. 792. Si iter maritimum agitur in navi militari seu reipublicae excipi poterit a praefecto navis aut eo deficiente, ab eius supplente vices,

cum administratore vel eius gerente vices (par l'officier commandant le bâtiment ou a son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service: l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec qui en remplit les fonctions. C. G.: dall' ufficiale comandante il bastimento ed insieme dal commissario di marina e in loro mancanza da quelli che ne fanno le veci. C. I.) coram duobus testibus (C. G.) masculis et aetate maioribus (C. I.).

Si iter agitur in navi commercii, excipiet testamentum scriba navis vel eius vicefungens, una cum duce et magistro, aut his deficientibus, cum eorum locum tenentibus (par l'ecrivain du navire ou celui, qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron ou a leur defaut, par ceux, qui les remplacent. C. G. dal *secondo* ed insieme dal capitano o patrone e in loro mancanza, da chi ne fa le veci C. I.), coram duobus testibus (C. G.) masculis et aetate maioribus (C. I.).

Oportet autem huiusmodi testamentorum duplex scribi exemplar.

Haec testamenta valent, si testator in mari moriatur; secus, intra tres menses tantum, postquam terram attigerit, ubi uti potuerit forma testandi ordinaria.

4° *Testamentum publicum rusticorum*: quatenus si duo sunt testes (cum duplex est notarius), sufficit quod unus subscribat et si quatuor testes (cum unus est notarius), quod duo subscribant. C. G. art. 974.

CLXXIX. Quaeres, An testamentum sit validum, cui desunt sollemnitates a iure civili requisitae?

Resp. 1. Si testamentum factum sit ad causas pias, etiam in foro externo eas non requiri, sed sufficere eas, quae sunt iuris gentium, scilicet duos testes: in foro autem conscientiae, supposita potestate disponentis, sufficere scripturam, nutum vel aliud signum testatoris, absque ullo teste. Quod si tamen manus testatoris non exstet, requiruntur duo testes in foro externo, inter quos etiam femina esse potest. Covar. et alii 12. Dian. p. 7. t. 6. r. 16. Item Confessarius, vel Parochus esse potest, licet legata sint pro sua ecclesia, idque ad hoc tantum, ut voluntas testatoris probari possit et Iudex pro ea sententiam ferat. Vid. Less. et Card. Lugo to. 2. d. 22. s. 9., ubi etiam probat, in tali testamento ad pias causas non esse necessariam heredis institutionem. Ac licet morte interveniente, non fuerit absolutum, valet tamen quoad legata pia in eo iam expressa. Malder. Laym. Dian. par. 5. t. 16. r. 126. An autem tale testamentum ad causas pias principaliter factum, si sollemnitates desint, valeat quoad legata profana, controvertitur. Negant Bonac. et Lugo. Affirmant Covar. Sà, Less. Fill. Sanch. Barbos. Trull. c. 18. d. 4. Dian. p. 7. t. 6. r. 4. Denique testamentum ad pias causas non sollemne revocat aliud sollemne, etsi huius mentionem non faciat. Molin. etc. Dian. p. 6. t. 6. r. 25. et 26. idque, etiamsi prius etiam fuerit ad causas pias. Mol. et alii 6., licet hoc posterius quidam negent. V. Diana l. c. r. 26. 27.

703. Haec est certa doctrina Theologis et Canonistis. Auctoritas Ecclesiae est plena et independens atque in iis, quae ad religionem anima-

rumque salutem spectant, subordinat sibi civilem potestatem eiusque leges corrigit et si opus est, irritat.

Dices: testamenta vim obtinent a lege civili; Ecclesia proinde valorem testamentorum supponit: si ergo ius civile valorem negat ultimis voluntatibus certa forma destitutis, eae nec pro Ecclesia valebunt.

Resp. 1° illud principium non esse certum ideoque argumentum vi carere contra eos, qui facultatem testandi volunt esse simpliciter a iure naturae.

2° Etsi lex civilis vim testamentis conferat; propter subordinationem tamen potestatis civilis potestati ecclesiasticae in iis quae ad bonum animarum et cultum Dei spectant, ius est in Ecclesia, cum de iis rebus agitur, temperandi leges civiles Principum christianorum, ius quoque certas earum leges irritandi aut iubendi, ut certae ferantur leges (cf. Tractatum nostrum de Rom. Pontifice Th. 21. seqq.).

Scio quosdam doctos viros de hac re dubitare (inter quos Emus d'Annibale *Summ. Theol.* V. 2. n. 353.): at minus improbabilis dubitatio versari potest non tam circa ius, quam circa factum: an nempe Ecclesia velit adhuc, quemadmodum constat voluisse prius, ut testamenta ad causas pias, etsi irrita ex iure civili, valeant, quando ea forma constent, quam ipsa Ecclesia satis esse iudicavit. « Quandiu igitur (ait citatus Auctor) s. Sedes locuta non fuerit, existimo non oportere inquietari eos, qui extra ditionem pontificiam non praestant relicta ad causas pias in testamento irrito ex iure civili ». Profecto si nostra aetate, tot obnoxia vicissitudinibus, dubitare licet de voluntate Ecclesiae seu s. Sedis hac in re, sententia Emi Scriptoris conferet non raro tranquillitati Confessariorum et poenitentium.

Cum haec proposuerimus, quae silentio praetereunda non putavimus, liceat nobis deinceps e communiori (quod omnes concedunt) sententia loqui.

Itaque *causae piae* eae sunt, quae ad cultum Dei et religionem pertinent nexumque habent cum fine supernaturali, ad quem ordinantur. Nomine *causae piae* tum finis intelligitur, propter quem aliquid relinquitur estque Dei honor, sanctorum cultus, suffragia pro anima sua et aliorum, eleemosyna in pauperes propter Dei amorem et huiusmodi: tum intelliguntur loca omnia et personae, quibus ob fines praedictos aliquid relinqui potest et sunt omnia loca et instituta pia, ut Ecclesiae, Conventus, Monasteria ac quaelibet religiosae domus, Hospitalia, Nosocomia, Confraternitates, Pauperes non solum carentes necessariis ad vitam, sed et destituti necessariis ad decentem sustentationem, cuiusmodi et viri nobiles esse possunt, qui absque culpa e suo statu fortunae exciderint: dummodo iis principaliter propter Deum hereditas aut legata relinquantur. Cf. Ferraris l. c. art. 2. n. 4.

Testamentum ergo ad pias causas nulla eget sollemnitate, ut valeat, sed opus est tantum, ut voluntas testatoris certe innotescat et idcirco si oretenus factum sit testamentum, duo aut tres testes sufficiant. Id in foro non tantum conscientiae, sed et in externo servandum est. C. 11. *de Testamentis.* « Relatum est, ait Alexander III. scribens ad Iudices Velletren., quod cum ad vestrum examen *super relictis Ecclesiae* causa deducitur, vos, nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint, inde postponitis iudicare... Mandamus, quatenus cum *aliqua causa talis* ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, tribus aut duobus legitimis testibus requisitis ; quoniam scriptum est: *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum* ».

Quamvis haec Alexander III. ad iudices suae ditionis scripserit, haud bene exinde inferres, non valuisse ea unquam nisi pro ditione Pontificia. Nam postquam haec decretalis in corpus iuris canonici relata est a Gregorio IX., pro omnibus lata intelligitur atque in praxim fere ubique deducta est (eo quod nossent omnes esse in Ecclesia potestatem leges in hac re ferendi) et sic lex universalis evasit.

Non negamus difficultatem suboriri posse ex praeced. responso eiusdem Alexandri III. *Cum esses,* inserto pariter iuri canonico, quo pro omnibus testamentis etiam profanis lex civilis abrogatur (cf. dicta in h. P. n. 41. not.): quae lex olim communiter recepta dicitur, at nunc certum est exsolevisse nec ab Ecclesia urgeri.

Verum 1° non satis constat, quam late huius canonis praxis viguerit, an iudices quoque laici eum receperint, ideoque nec constat an pro ipsis quoque lata fuerit ea lex. 2° In cap. *Relatum* agitur de re, quae certe ad Ecclesiam spectat (cf. trid. Syn. sess. 22. de Reform. c. 8.): cum ergo de hac re certa sit voluntas Ecclesiae, non est, cur talis certitudo, propter alia minus aperta, concutiatur.

Testes requiri non pro valore actus, sed ad probationem, si aliunde res constare nequeat, communis est doctrina Canonistarum et veterum legistarum: cf. Ferraris l. c. nn. 6.-8. et s. Alph. n. 923. Quapropter si scriptura testatoris exstet, de qua non dubitetur an eius sit, ea sufficit ad valorem testamenti vel legati pii. Afferri huc solet quaestio proposita s. Poenitentiariae 23. iun. 1844. « Eudorius caelibatarius, heredibus necessariis destitutus, graviter decumbens, ut animae suae consulat, statuit partem bonorum in pia opera erogare. Ad hunc finem Bonifacium legatarium universalem instituit per testamentum debitis vestitum formis. Scriptum autem privatum Bonifacio tradit, in quo piam manifestat voluntatem postulatque ab ipso, ut eandem fideliter exsequatur. Bonifacius vero, mortuo Eudorio, hereditatem integram servat eo quod ex testamento valido eam teneat. Quaeritur an in conscientia tutus esse possit ».

S. Congr. respondit: in casu proposito Bonifacium teneri in conscientia ad implendam voluntatem Eudorii certo cognitam, pro foro conscientiae ».

Ex quo responso colligimus quod voluntas defuncti cognita, etsi non accesserit promissio heredis (ex qua orta esset obligatio naturalis saltem ex contractu), satis est ad valorem legati pii.

704. Hinc testamentum inchoatum, sed non perfectum, eo quod interveniente morte testatoris, non potuit absolvi, valet quoad legata pia ibi relicta; quia rigor et sollemnitas iuris in his causis non attenditur. Propter eandem rationem, si testamentum ad causam profanam corruat, eo quod sollemnitas civilis non est servata, valent legata pia ibi contenta; pro his enim sufficit voluntas nota defuncti.

Item quamvis testamentum factum ad interrogationem alterius et solis nutibus seu signis expressum, non valeat de iure civili, valet nihilominus, si ad pias causas fiat, dummodo certa sit voluntas testatoris.

Rursus, quamvis ius civile non probet testamentum, quo quis hereditatem vel legata alterius arbitrio distribuenda committit l. *Illa* Dig. *de Heredibus instituendis* (ita et C. It. art. 834., nisi persona aut corpus morale eligendum sit inter plures personas aut plura corpora moralia determinata a testatore): valet tamen, si fiat ad pias causas. Quia satis est determinata et certa voluntas testatoris nec aliud ex lege Ecclesiae requiritur. Ceterum, si Innocentio III. credimus, « qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus » c. *Cum tibi, de Testamentis.*

Pariter etsi ius civile non admittat testamentum cum herede incerto, valet tamen, si fiat ad causam piam: ex. gr. si instituantur heredes pauperes, animae purgatorii, Ecclesia; nam primo etiam in his heres est satis definitus: deinde favore causae piae dispositiones positivi iuris insuper habentur.

Item quoniam ius quoque civile, licet improbet pacta seu promissiones de futura hereditate n. 685. 686., ea tamen militibus permittit l. *Licet* C. *de Pactis*, quo ostendit censere se rem haud esse intrinsece malam, putat Sanchez l. 7. c. 7. n. 51. favorem hunc militum ad causas quoque pias extendendum esse.

Si quis autem bona relinquat *animae suae*, testamentum est ad piam causam et bona eroganda erunt in causas pias, pro suffragio illius animae. Ipsa reapse capax haud est hereditatis temporalis: sed, ubi nullus heres sit institutus, exsecutor testamentarius bona relicta expendet in causas pias, iuxta voluntatem vel expressam vel praesumptam testatoris.

705. Diximus testes requiri si aliunde voluntas testatoris certa non sit. Qua in hypothesi duo saltem testes idonei postulantur in causa pia nec unus, licet omni exceptione maior, sufficit; heres nempe uni testi

credere non tenetur vel iuramento testimonium confirmanti: quod ex c. cit. *Relatum* colligitur, ubi saltem duo testes requiruntur, iuxta sententiam Domini et haec est regula communis iuris, quod unus testis, quicumque sit, ad probationem non sufficiat.

Haec autem doctrina de insufficientia unius testis valet pro qualibet defuncti voluntate, quam quis testetur; etsi neges sollemnitates requisitas a iure necessarias esse pro valore ultimarum voluntatum. Cf. s. Alph. n. 924.

Testes vero pro dispositione ad causam piam esse possunt quicumque legitime testari valent nec opus est ut tales sint quales ius civile pro testamento postulat; quia sollemnitates iure civili inductae non sunt necessariae.

706. Ait A. controverti, an cum testamentum ad causam piam, quo nempe causa instituitur heres, carens sollemnitatibus valet, valeant etiam legata profana ibidem contenta. Ratio affirmandi est, quia subsistente principali et cetera ei innixa subsistere debent; accessorium enim sequitur principale et congruit ut heres, qui hereditatem adit eo quod simplex voluntas testatoris est manifesta, voluntatem eiusdem in ceteris quoque certam exsequatur.

Ratio negandi est 1° infirmitas rationis contrariae; nam falsitas eius patet in testamento inter liberos; quod licet pro liberis valeat sine sollemnitatibus, non valet tamen quoad legata relicta extraneis, ut vidimus. Unde 2° principium illud: *accessorium sequi principale*, recipi nequit, cum diversa est ratio utriusque: quod et patet in casu, quo testamentum ad causam profanam nullum sit, cuius tamen legata ad causas pias valent. Itaque 3° per se non repugnat testamentum, qua tale, valere. h. e. quoad institutionem heredis et non valere quod spectat ad legata: praesumendum vero non est Pontificem, cum statuit testamentarias dispositiones ad pias causas sine sollemnitatibus valere, voluisse se ingerere causis etiam profanis, quarum valor necessarius non est ad valorem causae piae. Ergo. Lugo disp. 22. n. 274.

Cuius igitur erunt ista legata? Ubi principium valet, neminem posse partim testatum partim intestatum decedere, ea, iure accretionis, spectabunt ad causam piam heredem: at aequitas saltem exigit ut causa pia, quae ex defectu sollemnitatis nullum damnum patitur, ex eodem, contra voluntatem defuncti, emolumentum non capiat. Si in his agitur solo iure gentium vel naturae, exsequatur ergo causa pia voluntatem certam testatoris.

707. Advertatur, principium certum esse quod favor piae causae supplet quidem defectus sollemnitatum, quas ius civile requirit, non autem supplet defectum aut imperfectionem voluntatis, quae nempe in testamento

non satis appareat. Cf. Acta s. Sedis vol. 5. p. 92. Neque favor piae causae facit ut testamentum valeat, quod iniquum aut inofficiosum fuerit, quatenus necessarios heredes praetermiserit, alio, puta pia causa vel nullo instituto herede: etsi legata pia servanda adhuc sint. Ferraris. v. *Testam.* art. 2. n. 5.

CLXXX. Resp. 2. Si testamentum factum est ad causas non pias, hominibus rusticanis quinque testes sufficiunt, si plures haberi nequeant: nec subscriptione opus erit, si litterati non sunt. Lay. l. c. c. 2. n. 16. Bonac. l. c. p. 5. n. 4.

708. Cf. dicta n. 687. 3. Sed iura singularum regionum spectanda. Cum vigeat apud nos ius testamenti holographi et testamenti coram notario et paucis testibus, qui ubique prostare possunt, opus haud fuit pro rusticis apud nos speciale aliquid statuere. Cf. tamen dicta n. 701. 3. ubi diximus ex iure romano alicuius testis subscriptionem requiri, secus ac A. censere videtur.

CLXXXI. Resp. 3. Tempore pestis non requiruntur septem testes simul congregati ad testamenti subscriptionem, sed sufficit, si singuli separatim adhibeantur. Adde, aequitatem postulare, ut, quando testis, vel Notarius haberi non possunt, ultimae voluntates validae pronuntientur, si de voluntate defuncti liquido constet. Hinc in Camera Imperiali valet testamentum, peste valde grassante, conditum coram duobus vel tribus testibus, inter quos Confessarius esse potest. Atque haec vera sunt secundum ius Commune Caesareum, seclusis specialibus locorum statutis. Nam Venetiis ver. gr. et Viennae duo testes ad testamentum sufficiunt. Vid. Laym. l. c. c. 2. Imo absolute loquendo tempore pestis sufficere sollemnitates iuris gentium atque adeo tres, vel duos testes, docet Dian. p. 7. t. 6. r. 34. ex Sà, Laym. etc. atque inter eos esse posse feminam et Notarium ipsum (tametsi non sit immatriculatus), modo non sit consanguineus vel affinis defuncti r. 36. ex Menoch. etc. nec opus esse, ut sint rogati, vel audiant vocem testantis (etsi hoc quidam requirant) modo eum videant r. 37. et 38. neque invalidari, licet aegrotus convalescat r. 39. ex aliis 8. Denique, si Parochus scribat coram unico teste, habere vim testamenti, saltem nuncupativi, dicit Molin. et March. cum Dian. l. c. r. 34 et 41. vid. etiam p. 5. t. 3. r. 123.

709. Cf. dicta n. 701. 6. et n. 702. 2.

CLXXXII. Resp. 4. Etsi probabilis et secura sententia sit Cov. Bon. d. 3. q. 1. p. 4. et aliorum, testamentum factum ad causas non pias, sine sollemnitatibus iure requisitis, invalidum esse in foro conscientiae, praeterquam quoad legata pia Molin. Lugo, Vasq. Sanchz. Dian. p. 7. t. 6. R. 3. contra Barbos., ita ut heres per illud institutus et legatarius teneantur ad restitutionem heredibus ab intestato: contrarium tamen verius est ideoque licite retinetur, quod tali testamento possidetur. Ratio est, quia illae sollemnitates tantum requiruntur ad cavendam deceptionem et ad fidem in foro externo faciendam. V. Less. l. 2. c. 19. dist. 3. C. Lugo dist. 22. s. 9.

710. De hac disputavit B. ab initio huius partis nec opus est alia addere. Cf. ibi dicta nn. 24.-44. atque subiectam notam. Ibi quoque notavimus n. ad n. 41. videri Romanum Pontificem abrogasse legem civilem quoad praescriptam sollemnitatem, allegato c. *Cum esses, de Testamentis*,

cui addi et potest c. *Indicante* eod. tit. ubi R. P. praecipit impleri legatum nudis verbis a femina relictum suis libertis, quin de numero testium aut forma testamenti seu codicilli nuncupativi sit sollicitus. Quomodo haec accipi soleant, diximus ibid. In hanc rem ait Vinnius Inst. l. 2. tit. 10. ad §. 4. n. 3. « Constitutionem Pontificiam usus fere probavit, qui et alias aegre patitur, nimis se longe abduci a simplicitate iuris naturae ». Hinc facultas testamenti holographi ex iure moderno.

Unde secundum hanc posteriorem sententiam resolves sequentes casus.

CLXXXIII. 1. Heres ab intestato, si sciat voluntatem defuncti, tenetur restituere hereditatem et solvere legata iis, quibus testamento minus sollemni aut ex voluntate eius debentur. Mol. Less. contra Bonac. l. c.

711. Sententiam, e qua resolutio procedit, dixit A. veriorem, h. e. probabiliorem, non simpliciter veram aut certam.

Resolutio ergo et ipsa erit tantum probabilior. Quia vero et alia sententia saltem extrinsece probabilis est, sequi licebit praxim a s. Alphonso heic n. 927. indicatam, ut praeferatur possessor, donec sententia iudicis alteri rem adiudicet. Cf. l. superius cit.

CLXXXIV. 2. Si dubius sit de voluntate testatoris, debet cum illis componere pro ratione dubii; quia, cum nec ipse, nec alii coeperint adhuc possidere bona fide. in dubio par est eorum conditio. V. Bon. l. c.

712. Quandiu nemo possidet bona fide, doctrinam A. ius naturae suggerit.

CLXXXV. 3. Si heres ab intestato retineat hereditatem et legata, possunt illi, quibus aliquid per tale testamentum erat relictum, uti occulta compensatione; quia revera res illae erant ipsorum. V. Bon. l. c.

713. Haec doctrina difficilis est; nam compensatio non permittitur, cum ius non est certum: s. Alphonsus ait se id negare n. 928.

CLXXXVI. 4. Si heres ab intestato fateatur, mentem testatoris fuisse, ut hereditatem nomine fideicommissi alteri traderet, vel legatum aliquod solveret, aut, si oblato iuramento, iurare noluerit, cogendus est, etiam in foro externo, hereditatem tradere. et solvere legatum.

714. Id et lege cautum est. l. 16. C. *de Testamentis* §. 1. *Illud etiam adiiciendum est, ut qui ex testamento vel ab intestato heres exstiterit, etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixa* (careat nempe debitis sollemnitatibus); *tamen si sua sponte agnoverit* (heres, fassus fuerit, approbaverit), *implendi eam, necessitatem habeat.* Casus est specialis de herede, qui fateatur voluntatem defuncti circa legata aut fideicommissa, quamvis sollemniter non declaratam.

Ratio huius legis esse potuit, auctore Lugo disp. 22. n. 258., quia cum heres repraesentet personam defuncti, quando heres fatetur eam fuisse defuncti voluntatem, perinde censetur ac si ipse defunctus testaretur.

Hinc et ex similibus legibus quidam cum Molina disp. 81. n. 17.-20., inferunt, ipsam legem civilem agnoscere in ultima voluntate, utcumque non sollemni, naturalem vim obligandi ac sollemnitates ab ea requiri ad fraudes evitandas et lites. Sed cf. Lugo l. c.

CLXXXVII. 5. Ob eandem causam idem dicendum est, si fateatur voluntatem testatoris fuisse, ut hereditas, non ut fideicommissum, sed immediate perveniret ad alium; quia non est recurrendum ad fidem testium, vel ad iuris subtilitatem, quando is, cuius interest, ipse confitetur testatoris voluntatem. Vide Less. et C. de Lugo l. c.

715. Clara res est et ratio heic allata valet quoque pro res. praeced.

CLXXXVIII. Resp. 5. Etsi probabile sit Clericorum et Novitiorum testamenta facta ad causas non pias sine sollemnitatibus iuris non valere Molin. et alii 3.: cum tamen contrarium etiam sit probabile ex Suar. etc., potest heres ex tali testamento hereditatem adire pro foro conscientiae. Dian. p. 9. t. 9. R. 16.

716. Idem dicendum ac in resol. 1ª responsi praecedentis n. 711.

CLXXXIX. Resp. 6. Milites huius temporis gaudent iisdem privilegiis testandi, quibus olim, dummodo in castris (vel in propinquo ex causa legitima) versentur. Dia. p. 7. t. 15. r. 24. et seq. ex aliis 13. contra Bald. etc. atque adeo sufficiunt iis duo testes (licet probabiliter nec hi requirantur r. 45.) etiam non rogati r. 46. et alii 4. contra Molin. Lugo etc. etiam alias inidonei, modo non sint impuberes nec caeci vel servi. r. 47. Lugo, Vasq. etc. Neque opus est eorum subscriptione vel signorum appositione, vel ut sint in conspectu testatoris, ibid. Imo miles iure militari (quo praesumitur esse testatus in dubio) potest testari solo nutu r. 49. Potest etiam plura simul testamenta valida facere, vel pro parte testatus, pro parte intestatus decedere r. 53. et 55. Valetque eius testamentum etiam post missionem honestam, sed non ultra annum. Molin. Lugo etc. Diana r. 61. Denique possunt milites supradicto modo testari, tametsi sint surdi et muti (saltem si in castris auditum et vocem amiserunt.) Dian. r. 48. 49. et 59. ex aliis.

717. Cf. dicta n. 701. 2. et n. 702. 1.

Heic DD. quaedam addere solent de *revocatione* testamenti seu ultimae voluntatis. Iam diximus, de essentia eius esse, ut revocari semper possit, quandiu homo vivit; « ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum » l. 4. Dig. *de Adimendis* etc. *legatis:* verum interest, quomodo legitima revocatio fieri possit.

Iam vero revocari testamentum aut codicillus potest

1° facto quolibet contrario ad arbitrium testatoris: quatenus testator scripturam lacerat, rumpit sigilla, delet nomen heredis, legata inscripta etc.

2° facto legitimo et sic testamentum revocatur alio posteriore rite facto testamento, quamvis hoc alterum sine effectu maneat, sufficit enim

posterius testamentum esse perfectum, ut heres in eo institutus potuerit succedere. Cf. verba Iustiniani recitata n. 690. Si autem secundum testamentum civiliter est invalidum, non revocat prius Inst. tit. 17. §. 7.

718. Exceptiones tamen sunt. Et 1° si posterior ultima voluntas heredem instituat causam piam, quamvis invalida civiliter, infirmat praevertens testamentum; quod ex iam dictis n. 703. patet.

Idem dicatur, quoties testamentum posterius sollemnitatem non requirit, ut testamentum inter liberos, testamentum militis etc.

2° Si testator coram septem testibus dicat se revocare prius testamentum et velle decedere intestatum: habetur enim forma testamenti nuncupativi et tacita institutio heredum, qui ab intestato succederent. Colligitur ex l. 1. §. 8. Dig. *Si tabulae testam. nullae exstabunt* etc.

3° Si testator lapso decennio a condito testamento, coram tribus saltem testibus aut inter acta illud revocet. l. *Sancimus* C. *de Testamentis*.

4° Si in priore testamento instituti sunt extranei, in altero ii, qui ab intestato succederent, etsi hoc sit imperfectum, valet; dummodo coram quinque testibus saltem factum fuerit *Authentica Hoc inter* §. 3. C. *de Testamentis*.

5° Testamentum autem inter liberos conditum non censetur revocatum nisi per posterius sollemne testamentum, in quo disserte testator fateatur, nolle se prius testamentum valere. *Authent. Hoc inter* cit. Nihilominus et posterius non sollemne valebit, si in eo quoque liberi instituantur heredes. Cf. Laymann *de Testamento* c. 4. n. 3. except. 5.

Addunt DD., si testator in priore testamento protestatus sit: si quidpiam postea mutaverit aut aliud condiderit testamentum, nolle se id valere, standum esse priori voluntati, nisi in sequenti testamento adiecta sit clausula prioris clausulae derogatoria. Colligitur ex l. *Si quis in principio* Dig. *de Legatis* 3. ubi admittitur quidem supremae voluntatis mutatio, « sed (subditur) hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi poenituisse ». Quae legis dispositio ad probationem rei spectare videtur et sane ratio, quae afferri solet, est, quia praesumitur in secundo testamento defectus voluntatis Sanchez *Consil.* l. 4. c. 1. d. 23. n. 4. Si ergo ex omnibus adiunctis constet reapse mutatam esse voluntatem: id sufficere videtur, ne pervertatur essentia testamenti, qui est actus semper revocabilis. Quare nec ea DD. sententia ab omnibus recipitur. Cf. Laymann. l. c. n. 3.

719. Iam vidimus n. 685. ex iure italico nullam esse clausulam aut conditionem, appositam testamento, qua quis sibi facultatem adimat revocandi aut mutandi dispositiones testamentarias.

Eodem iure testamentum prius revocari potest ex toto vel ex parte per testamentum posterius rite factum aut per actum exceptum a notario

coram quatuor testibus subscribentibus, quo testator personaliter declaret, se ex toto vel ex parte revocare praecedentes dispositiones. C. It. art. 917.

Nisi expresse revocetur testamentum praecedens, eae tantum dispositiones praecedentis evadunt nullae, quae posterioribus adversantur. art. 920. Quocirca multiplex testamentum valere potest.

Non secus ac statuit ius romanum, subsequens testamentum rite factum irritat praecedens, etsi subsequens per accidens careat effectu, art. 921.

Eodem pacto de valore revocationis loquitur C. G. artt. 1035.-1037.

Dub. III.

De renuntiatione hereditatum.

720. Ordo heic quodammodo abrumpitur. Postquam actum est de *forma* testamentorum et ultimarum voluntatum, gradus faciendus erat ad *materiam* eorum, ut de heredibus, legatariis, substitutionibus ac fideicommissis sermo institueretur. Sed aliud A. visum, qui et in seqq. quaedam potissima capita huius tractationis leviter et obiter tangit. Qua animadversione praemissa, liceat nobis, quod nostri instituti est, sequi A.

CXC. Resp. 1. Renunciatio futurae haereditatis, nisi iuramento firmetur, nullius roboris est. Ratio est, quia ita iure cautum est propter bonum publicum. Excipe 1. nisi quis in ipso testandi actu renuntiet iuri successionis, vel post testamentum conditum, in quo praeteritus est, praeteritionem sui approbet: 2. nisi heres necessarius, post debitam sibi portionem integram a patre acceptam, reliquae hereditati renunciet: qui tamen, si bona patris postea augeantur, legitimam eorum portionem potest exigere.

721. Haec ex Laymann accepit A. *de Testamento* c. 7. n. 1. Cur nuda renuntiatio non valeat, ratio est, quia eius vim impedit lex; *privatorum enim cautiones legum auctoritati nocere non debent*, ut dicitur l. ult. Dig. *de Suis et legit. hered.* de pacto filiae, quae ita dotem acceperat, ut reliquae legitimae hereditati renuntiaret. Ita l. *Pactum dotali* C. *de Collationibus*. Cf. et l. 94. Dig. *de acquirenda etc. heredit.* « Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius, adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur ». Ratio est, quam superius attigimus, ne pactis scilicet hereditas detur aut auferatur.

Etsi vero nec iuramento haec renuntiatio confirmetur, iuramentum tamen servandum erit, si sine peccato fieri id potest; quemadmodum simile probavimus n. 687. Et sane in c. *Quamvis, de Pactis* in 6. loquitur Bonifacius VIII. de eo pacto filiae, de quo loquitur lex civilis priore et altero loco a nobis citata, quod pactum lex civilis improbat et Pontifex vult servari, si iuramentum accesserit.

Advertendum vero, duo requiri a Pontifice, ut iuramenti obligatio con-

stet, quod observatio rei iuratae non vergat in dispendium aeternae salutis et non sit in alterius detrimentum: si ergo hoc saltem secundo incommodo renuntiatio laboraret, neque iuramento confirmaretur. Oportet vero ut detrimentum sit vere tale, hoc est privatio rei debitae, detrimentum nempe iniustum; nam secus nihil obstat, quominus in conscientia servari possit iuramentum. Hinc nulla est renuntiatio iurata tutoris, qua renuntiet hereditati obventurae pupillo, valet iurata renuntiatio patris, quo non renuntiante, filii eius tandem per eum acquisivissent quod renuntiatione amisit. Item nulla foret renuntiatio vel iurata, quae in damnum vergeret creditorum.

In iure Ital. statuitur simpliciter, quod nemo possit, vel in contractu matrimonii, renuntiare hereditati personae viventis aut alienare iura, quae forte habiturus esset ad talem hereditatem art. 954. Ita ex C. G. art. 791.

CXCI. Resp. 2. Renunciatio hereditatis, cum odiosa sit et contra ius commune, strictae interpretationis esse debet.

722. Clara res est. Cf. Laymann. l. c. n. 2.

Unde resolves Casus seqq.

CXCII. 1. Non obstat renunciatio hereditatis, etiam iurata a filio facta, quominus ab eodem patre, mutata iterum voluntate, possit institui haeres. Molin. Sanch. l. 7. c. 7.

723. Ratio est, ait Sanchez *Moral.* l. 7. c. 7. nn. 10.-14., quia, cum ea renuntiatio sit praecipue in parentum favorem facta, possunt parentes, iuri suo cedentes, eam remittere, etsi iurata fuerit (quod in qualibet promissione homini facta, etiam iurata, valet); ideoque possunt instituere heredem aut legatarium renuntiantem: qui idcirco post eam remissionem licite obtinebit quae sibi sunt relicta.

Haec conclusio procedit, ait idem n. 15., etsi renuntiatio facta sit parenti in favorem fratris; quia renuntiatio facta est semper parenti, ut is disponere de bonis possit in favorem aliorum ideoque facta est praecipue in favorem parentis et est certe facta parenti, non fratri: ille autem renuntiationem, sicut et promissionem, remittere potest, cui facta est.

Remissio parentum potest esse tacita, si nempe post renuntiationem instituant filium renuntiantem heredem, sive propriis verbis, sive verbis generalibus, dicentes ex. gr. instituo filios meos heredes. Sanchez ibid. n. 14.

Iuramentum ergo eo spectat, ut, si parens acceptet renuntiationem, filius nequeat petere, quod alias iure postulasset. Nequit scilicet petere *licite:* petet nihilominus *valide;* quia religio iuramenti obligationem non inducit iustitiae erga alios: sed praestaret in hac hypothesi consequi relaxationem iuramenti.

CXCIII. 2. Si filius renuntiavit in favorem fratris, eo mortuo ante patrem, is, qui renuntiavit in prima hereditate, succedere potest: imo etiam institui debet: quia causa renuntiationis cessavit. Mol. d. 579. n. 19.

724. Nulla difficultas.

CXCIV. 3. Filius post iuratam renuntiationem nihilominus succedere potest in iis bonis, quae pater ad secundas nuptias transiens liberis ex priore matrimonio susceptis relinquere cogitur. Ratio est, quia in his filius non succedit iure sanguinis, cui renuntiavit, sed propter civiles constitutiones et favores. Mol. n. 21.

725. Cum renuntiatio sit strictae interpretationis, non intelligitur filius renuntiasse nisi iis, quae iure sanguinis a patre poterant ei obvenire: haec enim praesumitur cogitasse, cum renuntiavit.

CXCV. 4. Etsi filia accipiens dotem a patre dicat se ea contentam et renuntiare paternae hereditati; pactum tamen illud est invalidum eoque non obstante, potest postea petere complementum legitimae portionis suae. *Ex l. Pactum dotale, C. de collat. l. Si quando C. de pact. et cap. Quamvis pactum, de Pact. in* 6. Mol. Sanch. lib. 6. *Cons.* Lugo *Respon. mor.* l. 6. d. 24.

726. Cf. dicta n. 721.

CXCVI. 5. Si parentes dent filiae dotem infra portionem legitimae debitae inducantque eam coactione vel fraude seu dolo ad renuntiandum legitimae, non sunt in conscientia tuti, sed tenentur illi restituere libertatem. Sanch. l. 4. *de Matr.* d. 9. Lugo l. c. Ac licet filia, si renuntiationem iuramento firmaverit, eam servare teneatur; si tamen dolus vel metus intervenerit, licebit relaxationem iuramenti iniuste extorti petere eaque obtenta non tenebitur pacto, quod ex iniusta coactione processit. V. Sanch. l. 2. *Mor.* c. 13. Lug. t. 2. *de Iust.* d. 22. s. 8. et. *Resp. mor.* l. 6. d. 24.

727. Quoad priorem partem nulla difficultas. Quoad alterum de iuramento per dolum aut metum extortum, confer dicta Vol. 2. *de Iuramento* nn. 78. seqq.

CXCVII. Resp. 3. Omne pactum, vel donatio de alterius viventis hereditate ipso iure irrita est: v. g. irritum est pactum, quo Titius hereditatem, quam sperat a Sempronio, promittit aut obligat Caio. Ratio est, quia tales pactiones odiosae sunt et plenae periculis, ob insidias, quae parantur eius vitae, super cuius bonis fit pactio. Laym. c. 7. n. 3.

Excipe 1. nisi consentiat is de cuius hereditate agitur et in eo consensu usque ad mortem perseveret: 2. nisi renuntiatio fiat in favorem communitatis seu collegii; hic enim cessat praesumptio vel periculum insidiarum: 3. nisi quis ob Constitutiones Ordinis. de omnibus bonis et iuribus acquisitis et acquirendis disponere debeat idque in favorem communitatis piae vel etiam certae personae pauperis Sanch. c. 2. n. 54. Laym. l. c. n. 3.: 4. nisi fiat pactum circa hereditatem personae incertae, v. g. si quae mihi hereditas obvenerit, dum vixero, tua esto; cessat enim periculum. Mol. Sanch. l. 7. c. 2.

728. Ita Iustinianus l. ult. C. *de Pactis.* « Nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae esse videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus... Secundum veteres igitur regulas sancimus: *omnimodo huiusmodi pacta*,

quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari... cum in alienis rebus, contra domini voluntatem, aliquid fieri vel pacisci, secta (religio) temporum nostrorum non patiatur ».

Haec dispositio legis filios quoque comprehendit paciscentes de hereditate patris. Cf. Sanchez *Decal.* l. 7. c. 2. n. 11. plures citantem.

Pacta haec improbantur tanquam minus honesta, cum nec religio ea pati dicatur; periculum est enim, ne mors alterius captetur et quia de alienis pacisci haud rectum est. Boni ergo mores, contra quos esse talia pacta, dicit Imperator, sunt boni mores naturales. Quocirca ea prohibens Iustinianus, obligare intendit in conscientia. Istam porro legem et lex canonica probat c. 2. *de Concessione praebendae*, « ne desiderare quis mortem proximi videatur. Cum enim in ipsis etiam legibus gentilium (lex mox cit. Iustiniani) inveniatur inhibitum, turpe est et divini plenum animadversione iudicii, si locum in Ecclesia Dei futurae successionis exspectatio habeat ». Res ergo est prohibita; ad quam legitimam prohibitionem sufficit profecto periculum delicti, seu probabilis eius praesumptio. Ergo hae pactiones etiam in favorem causae piae non valent, cum eas Ecclesia quoque reprobet. Cf. Sanchez *Decal.* l. 7. c. 2. n. 40.

729. Verum si mortuus sit ille, de cuius hereditate pactio facta est et sic cesset periculum captandae eius mortis, debetne qui cum iuramento pepigit hereditatem sibi delatam alteri restituere, iuramentum servare?

Affirmat tanquam multo verius Sanchez l. c. n. 35., etsi concedat iniquum esse talia pacta inire eademque conservare, quandiu ille vivit, de cuius hereditate conventum est. Ratio est, quia, secuta illius morte, cessat periculum, propter quod pactum irritatur et observatio iuramenti h. e. cessio hereditatis potest fieri sine peccato. Verum si iuramentum, cum factum est, nullam obligationem pariebat ideoque nullum erat, unde eius obligatio incipit vel quomodo ipsum incipit esse? Affert Sanchez exemplum eius, qui stipendium promisit feminae copiam sui corporis facienti. Sed heic conditione posita, debetur promissum; quia per copiam corporis factam incipit novus contractus realis *do ut des*, quem alter acceptat. At heic quid novi est, quod obligationem pariat? Nam mors illius, de cuius hereditate conventio inita fuerat, non videtur idonea ad hunc effectum gignendum. Quocirca plurimos DD. aliter a se ipso sentire refert idem Sanchez l. c. n. 34. coll. n. 33.

730. Subiicit A. exceptiones, quarum primam habet diserte ipse Iustinianus l. c.

Quapropter, consentiente ex. gr. patre, fratres inter se pacisci possunt de futura hereditate: quia vero consensus patris circa hereditatem revocabilis semper est atque pactio fratrum facta est dependenter a voluntate patris; idcirco si pater revocet consensum seu voluntatem mutet, fratres

liberantur ab obligatione invicem contracta, etsi iurata fuerit. Laymann l. c. n. 3.

Alteram exceptionem probant DD., quia in hoc casu cessat ratio legis, seu periculum captandae mortis alterius. Cf. Laymann l. c. et Sanchez *Decal.* l. 7. c. 2. n. 53.

Tertia exceptio probatur, quia Ecclesia approbavit huiusmodi cessiones seu donationes hereditatis, absque consensu parentum vel aliorum, quibus quis succedere posset; ex gr. approbando Institutum Societatis Iesu, quo iubentur alumni, cum superiori videbitur, cedere suis bonis et hereditati cuilibet obventurae, quin opus sit consensu parentum aut aliorum, in favorem causae piae, aut pauperum, si fieri potest. Porro auctoritas ecclesiastica in his praevalet civili nec sane est, cur in hoc casu quoddam periculum praesumatur. Cf. citatos ab. A.

Quamvis ergo haec pacta seu donationes circa hereditatem viventis non valeant etiam in favorem causae piae, valent tamen in hoc casu propter speciales rationes, quae exceptionem probant. Cf. Sanchez l. c. n. 59.

Quarta exceptio patet, quia nec leges de tali pacto loquuntur et cessat pro ipso ratio legis alias prohibentis.

CXCVIII. Quaeres, Quousque se extendat constitutio Trident. s. 25. c. 16. *de Regular.* irritans donationes et renunciationes, etiam iuratas, quae fiunt ab ingredientibus religionem, nisi fiant cum licentia Episcopi sive Vicarii, intra duos menses proximos ante professionem et professio postea subsequatur.

731. Verba Tridentini sess. 25. *de Regularibus* c. 16. haec sunt. *Nulla quoque renuntiatio aut obligatio antea facta* (ante professionem nempe, de qua c. 15.), *etiam cum iuramento, vel in favorem cuiuscumque causae piae, valeat, nisi cum licentia Episcopi sive eius Vicarii fiat, intra duos menses proximos ante professionem ac non alias intelligatur effectum suum sortiri, nisi secuta professione: aliter vero facta, etiamsi cum huius favoris expressa renuntiatione etiam iurata, sit irrita et nullius effectus.*

Non iubentur novitii facere renuntiationem suorum bonorum alicui personae vel monasterio: sed praescribitur modus, quo facienda est, si fiat. Possunt sane testari, ut videbimus, vel velle mori intestati.

Lex est in favorem libertatis professionis, ne novitii, bonis suis privati ex necessitate potius quam ex amore religionis, ad professionem emittendam moveantur. Quod ergo prohibetur et irritatur, est abdicatio bonorum, facta sine praescripta sollemnitate a novitiis, qua abdicatione efficitur, ut ipsi vel nihil amplius habeant in bonis vel minus habeant quam prius habebant: qua privatione fieri potest ut retrahantur a reditu ad seculum et inducantur ad profitendum. Adverte, ex decreto Pii IX. 1. Aug. 1862., renuntiationem, de qua in cit. c. sess. 25. Conc. Trid.

loquitur, pro professis votorum simplicium, habere locum intra duos menses ante professionem votorum sollemnium. Cf. Acta s. Sedis, V. 12. p. 524. Sequitur quidam commentarius huius legis irritantis, desumptus fere ex Sanchez et Laymann, quo primum dicitur, quid hac lege non vetetur, tum quid vetetur.

CXCIX. Resp. 1. Hanc constitutionem non habere locum in codicillis, testamentis aut donationibus mortis causa; quia huius constitutionis ratio est, ne per renunciationem hereditatis novitiis imponatur necessitas profitendi: haec enim ratio cessat in his ultimis voluntatibus, quippe quae usque ad professionem revocabiles sunt. Quare valet adhuc hodie testamentum a novitio conditum neque rumpitur, secuta professione, etsi monasterium in eo praeteritum fuerit. Sanchez l. 7. c. 5. Qui autem licite a Religione recedit, recuperat omnia bona cuicumque ante donata, intuitu ingressus in Religionem.

732. Prima pars clara est. Nam per ultimas voluntates, quae effectum non sortiuntur nisi post mortem quaeque semper revocari et mutari possunt, nemo se privat bonis suis aut cuilibet se obligat minusve habet quam antea haberet. Nulla ergo renuntiatio aut obligatio heic habet locum nulloque pacto per huiusmodi testamentarias dispositiones minuitur libertas profitendi. Possunt ergo huiusmodi dispositiones a novitio fieri quovis novitiatus tempore.

Scilicet decretum Tridentini respicit solum contractus seu obligationes inter vivos, quae utpote irrevocabiles obstant libero egressui a religione. Haec fieri debent sollemnitate praescripta neque effectum habent, nisi secuta reipsa professione.

Verum neque omnes contractus inter vivos decretum attingit, sed eos, quibus homo suis bonis abdicat, suis bonis se privat, ita ut minus incipiat habere quam antea. Huiusmodi autem non sunt contractus onerosi, quibus tantum recipitur, quantum datur: ut venditio, permutatio, locatio, adde et mutuum. Sane in his contractibus nulla est proprie dicta renuntiatio et licet obligatio sit, ea est, pro qua altera accipitur, quae ex aequo compenset ideoque ea non est, quae officiat libertati professionis, quae est scopus unicus legis. Et isti ergo contractus celebrari possunt a novitio, absque praescripta sollemnitate.

Restant idcirco contractus lucrativi in commodum alterius, ut sunt promissiones, donationes, fideiussiones, renuntiationes atque onerosi etiam, si minus recipitur quam detur (cf. resp. 2.), qui cadant sub hoc decreto. Sanchez *Decal.* l. 7. c. 5. nn. 1-34. Laymann *de Testam.* c. 7. n. 5.

733. Secunda pars resp. A. sequitur ex praecedenti: ait, *adhuc hodie*, quatenus hac in re ius antiquum non est mutatum. Addit vero testamentum conditum a novitio non rumpi, secuta professione, etsi in eo monasterium praeteritum fuerit. Difficultas scilicet ex eo petebatur, quod ex

civili lege testamentum rumpitur seu evertitur, si testatori, post factum testamentum, filius nascatur l. 1. C. *De postumis heredibus* etc.: atqui monasterium, cui per professionem monachus se tradit, filii loco censetur *Authentica de sanctissimis Episcopis* etc. c. 37. (Cf. Molina disp. 140. n. 9.) et c. *In praesentia, de Probationibus*. Respondet autem Laymann l. c.: monasterium loco filii censeri in iis tantum casibus, qui iure sunt expressi: hunc autem non exprimi.

Tertia pars resp. obscura est. Si sermo sit de eo, qui renuntiatione, secundum sollemnitatem a Trid. praescriptam, facta, recedit ante professionem, res clara est, quod omnia recuperat: quia irrita est renuntiatio, non secuta professione: sed non apparet, cur sermo tantum fiat de *licito* recessu; quacumque enim causa novitius recedat (qua in re peccare poterit), si tamen professio non sequitur, valore caret donatio, ex vi decreti Trid. Locutio est enim Trid. amplissima et praegnans, ut ait Sanchez: *non alias, non aliter*, effectum sortiri. Si autem sermo si de eo, qui renuntiatione legitime peracta, post professionem recedit (quod identidem licite fieri potest): non liquet quo iure recuperet, quae dedit. Nam professione secuta, donatio evadit valida et irrevocabilis neque enim est amplius conditionata, sed absoluta, post emissam professionem, cuius intuitu facta est.

Adverte, professionem, qua secuta fit renuntiatio irrevocabilis, esse veram professionem, non nullam; quia perinde est actum non fieri et nullum esse. Imo etsi quis profiteretur sciens professionem esse nullam, non valeret renuntiatio; quia non esset nisi donatio, non secuta professione: atqui haec irritatur a Tridentino. Sanchez l. c. c. 5. nn. 55.

CC. Resp. 2. Ea constitutione non prohiberi donationem modicam; quia cessat ratio. Sanch. n. 23.

734. Clara res est et cf. Laymann l. c.

CCI. Resp. 3. Ea comprehendi renunciationem Beneficii Ecclesiastici. Ratio est, quia haec est amissio magni iuris, ob quam libertas egrediendi e religione impeditur. Sanch. n. 37.

735. De hac re, quidam dubitavit; nam non videtur posse fieri renuntiatio beneficii eo modo, quo heic a Tridentino facienda praescribitur renuntiatio: esset enim renuntiatio conditionalis et ad tempus, cum conditione regressus, si professio non sequatur: atqui renuntiatio beneficii nequit fieri ad tempus, sed debet esse perpetua. Unde inferebatur Tridentinum non loqui de renuntiatione beneficii eamque, utique absolute, posse fieri quovis novitiatus tempore.

Verum tenendum est hanc renuntiationem decreto comprehendi. Primo quidem quia et ipsa est amissio magni iuris, ob quam libertas egrediendi impeditur. Deinde vero quia iure antiquo novitius toto novitiatus tem-

pore poterat hanc renuntiationem facere: porro Trid. immutavit quidem ius quoad tempus et modum renuntiationis faciendae, sed nihil quoad res renuntiandas: ergo et nunc renuntiatio beneficii fieri potest, at facienda sollemnitate praescripta.

Ad contrariam rationem respondet Sanchez recte apponi conditiones, quae ex ipso iure tacite inessent et alia exempla affert legitimae collationis beneficii conditionatae.

Nec ullo regressui vere est locus, cum non opus sit beneficium alteri conferre ante professionem religiosi.

Itaque beneficium interea nulli est conferendum nisi post secutam professionem, sed constituendus Vicarius, cui congrua portio ex fructibus danda et si professio non sequatur, renuntiatio ipso iure est nulla pergitque ille, qui renuntiaverat, in possessione sui beneficii. Si autem Episcopus interea alteri contulisset beneficium, hoc esset non professo restituendum; nam collatio non potuit esse nisi conditionata, si nempe professio sequatur. Cf. Laymann l. c. n. 6. Sanchez *Decal.* l. 7. c. 5. nn. 36. seqq.

CCII. Respond. 4. Per eandem etiam irritantur renunciationes, quae fiunt ante ingressum religionis, intuitu vel causa impulsiva ingrediendi; qualis intentio in dubio praesumitur, si non multo ante ingressum factae sint. Ratio est; tum quia Concilium absolute loquitur: tum quia alias non sufficienter consuluisset libertati novitiorum. Nav. Less. l. 2. c. 41. n. 40. contra Sanchez: cuius tamen sententia est probabilis. Unde sic donatum tuto retineri potest, donec per sententiam Iudicis rescindatur.

736. Perpende omnia apposita, quibus A. hanc renuntiationem circumscribit. Sanchez sententiam, quam A. probat, dicit valde probabilem, sed contrariam probabiliorem l. c. nn. 3. 4. Vicissim Laymann sententiam Sanchez probabilem dicit l. c. n. 6., licet alteri potius adhaereat.

Ratio Sanchez, quia si conferatur caput hoc 16. cum praecedenti 15. cuius est manifesta continuatio (nulla *quoque*), patet concilium non nisi de novitiis iam ingressis loqui, non de secularibus, qui ingredi volunt.

Ratio aliorum ducitur tum a fine legis, qui non obtineretur, nisi et hos comprehenderet, tum ex verbis legis, quae absolute loquuntur, h. e. irritant renuntiationem, quae fiat ante duos menses proximos professioni: atqui et ea, quae fit ab ingressuris, intuitu ingressus, fit ante duos menses etc. Refert Laymann quoddam responsum congr. Cardinalium, dicentium *huiusmodi renuntiationes, tanquam factas in fraudem Concilii, videri subesse eius dispositioni.*

CCIII. Respond. 5. Irritam etiam esse donationem, seu renunciationem bonorum, sub conditione professionis edendae factam, ita ut, ea non secuta, corruat. Nav. Sanch. n. 17. Mol. etc. Ratio est, quia donantes seu renunciantes aegre contristant donatarios, ut eos de possessione semel capta deiiciant et Monasteria, quae tales donationes acceperunt, omnes modos adhibent, ut tales ad professionem inducantur. Laym. c. 7. n. 8.

737. Loquitur A. de donatione seu renuntiatione, quae fiat ante duos

menses statutos a Trid. et sine licentia Episcopi aut eius Vicarii. Cf. Laymann l. c. n. 8. Ratio patet ex verbis Concilii: *aliter facta sit irrita.* Illa autem conditio apposita non efficit, ut sollemnitas statuta a Concilio servetur.

Nec ratio defuit cur donatio praesertim reprobaretur; traditione enim secuta, tristitia afficerentur donatarii, si deinde, conditione non impleta, repeterentur res donatae et plerumque non adeo facile recuperarentur et si Monasterio donatae essent, timendum foret ne Monachi impedirent conditionem eam sequi, quae eos a possessione accepti deturbaret.

738. Quaeritur, an renuntiatio, quae rite secundum sollemnitates Tridentini facta sit, possit deinceps mutari ante professionem? Per se donatio conditionalis, cuiusmodi est haec, quae a secutura professione pendet, nequit revocari, dum adhuc pendet conditio: obligatio enim suscipitur exspectandae conditionis, eo ipso quod quis vere se obligat si conditio impleatur Molina disp. 285. n. 7. (cf. dicta initio huius P. n. 22. 2°): ergo neque talis renuntiatio, semel ac rite facta est, mutari poterit, antequam constet an conditio necne impleatur. Praeterea patet mentem Concilii fuisse, quod renuntiatio rite facta non sit revocabilis, nisi professione non secuta; nam si semper ante professionem revocabilis esset, posset quovis tempore novitiatus fieri, quin libertas novitii ullo modo impediretur: ut bene arguit Sanchez l. c. n. 58. Nimirum censebat Concilium donationem quamvis conditionalem esse irrevocabilem ante adventum conditionis: idcirco statuit certam formam, qua fieret.

739. Quid vero, si legitime facta renuntiatione, novitius ante professionem moriatur?

Dicenda est renuntiatio non valere: *aliter* enim h. e. nisi secuta professione, irrita est. Quocirca censendum est, voluisse Concilium, quod, si ante professionem moriturus sit Novitius, liberam is habeat de rebus suis disponendi per testamentum facultatem. Si vero intestatus decedat, bona sua spectabunt non ad eos, in quorum favorem facta fuerat renuntiatio, quippe quae nulla est, sed danda erunt successoribus suis ab intestato. Sanchez l. c. nn. 48.-51.

CCIV. Resp. 6. Non obstante hac constitutione, validas esse renunciationes aut donationes, ante vel post ingressum Societ. Iesu factas, iuxta eius constitutiones. Ratio est, quia Tridentinum Societatem disserte excipit. Dixi *iuxta constitutiones;* quia in iis donationibus, quae contra constitutiones fiunt, non videtur habere locum; quia Tridentinum id voluit in favorem Societatis. Quod autem ob gratiam alterius conceditur, non est in eius dispendium retorquendum. Mol. Sanch. Laym. l. c.

740. Constat ex disserta exceptione ipsius Concilii. Verbis sane citatis n. 716. subdit, veluti intra parenthesim: *Per haec tamen s. Synodus non intendit aliquid immutare aut prohibere, quin Religio Clericorum*

Societatis Iesu, iuxta pium eorum Institutum, a s. Sede Apostolica approbatum, Domino et eius Ecclesiae inservire possint. Iure ergo suo speciali utitur in hac re Societas Iesu, quod Sedes Apostolicae probavit et Tridentina Synodus comprobavit.

Quale autem sit hoc ius, qui scire cupit, conferat DD. citatos ab A. vel ipsum *Institutum* Societatis.

Dub. IV.

Qui possint et debeant esse exsecutores testamenti.

CCV. Respond. 1. Illi a Testatore nominari possunt unus vel plures ex heredibus vel non heredibus nec tantum masculus, sed etiam femina. Sanch. Wading. Dian. p. 8. t. 5. r. 4. non tantum laicus, sed etiam clericus et religiosus. Hic tamen non sine sui Praelati licentia et quidem Generalis, si sit Soc. Iesu. Fratres de Observantia nullo modo. Quod si tamen religiosus, contra Canonum decreta, exsecutor testamenti sit, acta eius valent. Ita Laym. c. 11. Et ratio est, quia, spectato iure naturali sufficit voluntas Testatoris et exsecutoris nec Canones exsecutionem religiosi infirmant, sed prohibent tantum. V. Bon. *de Contr.* d. 3. q. 18. Dian. p. 8. t. 5. r. 9. 10. Et licet impubes exsecutor esse non possit, potest tamen minor, si explevit annum 17. Sanch. Lugo, Wading. Dian. p. 8. t. 5. r. 6. Nullus autem cogi potest, ut sit exsecutor. Dian. l. c. r. 27. Detrectans tamen hoc ipso perdit legatum (saltem quod in praemium muneris ei relictum fuit) ceditque hoc aliis exsecutoribus. Molin. Lugo, Dian. p. 8. t. 5. r. 27. contra Wad.

741. Spectanda sunt iura singulorum locorum. Ex iure gallico ab hoc munere exsecutoris removetur qui nequit se obligare art. 1028. tum minor, etiam fretus auctoritate tutoris aut curatoris art. 1030.: femina pariter nupta nequit hoc munus suscipere, nisi consentiente viro, aut facultate facta a iudice art. 1029. C. It. excludit eodem pacto minores atque eos omnes, qui incapaces sint contrahendae obligationis artt. 904. 905.

Quod spectat ad religiosos, canon est ecclesiasticus c. 2. *de Testamentis* in 6. « Religiosus exsecutor ab aliquo in sua voluntate ultima deputatus, non potest, cum velle vel nolle non habeat, huiusmodi officium suscipere vel exsequi, nisi a superiore suo petita super hoc licentia et obtenta ». Quilibet proinde superior immediatus licentiam dare potest eaque et tacita potest esse. Quia autem superioribus integrum est ea licentia uti, quam subditis dare possunt, licebit eis, absque alia licentia, hoc officium suscipere. Sanchez *Decal.* 4. 6. c. 11. n. 5. Cuius vero licentia requiratur pro alumnis Societatis Iesu, ut faciant satis huic legi Ecclesiae, cf. Lugo disp. 24. n. 326.

Fratribus Minoribus haud licere exsecutores esse ultimarum voluntatum constat ex Clementina *Exivi, de Verborum significatione* §. *Proinde cum vir.*

Cetera apud A. clara.

CCVI. Respond. 2. Si nullus a testatore nominatus est exsecutor, exsecutio pertinet ad heredem, etiam quoad legata pia; quo tamen casu Episcopus iure communi ad se pertrahere potest. Laym. l. c.

742. Si nullus sit a testatore designatus exsecutor (nam ad id non cogitur testator): ipso iure est exsecutor testamenti heres. Colligitur ex l. *Nulli licere C. de Episcopis et Clericis* et ex c. *Nos quidem* et c. *Si heredes, de Testamentis.*

In iis vero, quae spectant ad pauperum alimenta, redemptionem captivorum et generatim ad causas pias, si nullus sit designatus exsecutor vel designatus fungi officio nolit, iure Episcopus loci est exsecutor. *Authentica* 131. c. 11. et canones supra citati, iuncto decreto Tridentini Sess. 22. *de Reform.* c. 8. « Episcopi, etiam tanquam Sedis Apostolicae delegati, in casibus a iure concessis (si nempe nullus sit designatus exsecutor aut designatus vel heres intra annum, a die admonitionis numerandum, exsequi distulerint, iuxta leg. et canones mox citatos. Laymann *de Testam.* c. 11. n. 1.), omnium piarum dispositionum tam in ultima voluntate quam inter vivos, sint exsecutores ».

743. Porro nemo cogitur officium suscipere exsecutoris; est enim mandatum quoddam privatum ex benevolentia acceptandum: fieri tamen potest, ut ex caritate, etiam graviter identidem, teneatur quis munus suscipere. Qui vero onus demandatum detrectat, privatur eo ipso iis bonis, quae ei testator in praemium suscepti operis legaverat. At, si susceptum sit munus, cogi potest exsequutor illud exsequi; liberum est enim mandatum non suscipere, at susceptum consummari oportet, nisi tempestive renuntiatum sit, ut dicitur Inst. l. 3. tit. 27. §. 11. Constat praeterea C. *Ioannes, de Testamentis* ubi de exsecutoribus designatis a testatore dicitur, quod *post mandatum susceptum, per dioecesanum cogi debent, testatoris explere ultimam voluntatem.* Si autem de piis causis agitur, id possunt facere Episcopi, etsi testator id eis interdixerit c. 17. eod. tit. Est scilicet generalis regula: *In omnibus piis voluntatibus est per locorum Episcopos providendum* c. cit. Cf. et *Authenticam, de Ecclesiasticis titulis* c. 11.

Episcopus potestatem habet etiam cogendi canonice heredes, ut iussa testatoris adimpleant c. 6. tit. eod.

Peccant enim, si non adimpleant atque exsecutio iustae voluntatis defuncti solet inter pia opera numerari, ut ait Laymann l. c. c. 11. n. 1.

Si autem exsecutor sit laicus, iudex quoque secularis cogere potest et si ipse praevenit, non est cur Episcopus se immisceat: nisi si agatur de relictis piis, quorum exsecutionem sibi Episcopus velit vindicare.

CCVII. Respond. 3. Exsecutor non potest officio fungi per alium, nisi testator id ei permiserit, aut nisi committatur exsecutio nudi facti iam declarati. Sanch. Card. de Lugo. Dian punt. 8. t. 5. r. 26.

744. Ratio prioris partis est, quia electa est in exsecutore industria personae. Quae ratio est quoque cur officium exsecutoris ad heredes eius non transeat. Licet tamen exsecutori committere alteri opus particulare faciendum, ita ut nuda exsecutio operis committatur; quod docet A. et Lugo disp. 24. n. 328. ex Sanchez cum aliis. Sic enim adhuc electio industriae personae exsecutoris integra manet.

Item si exsecutor non ratione habita personae electus sit, sed dignitatis, ut si designetur Episcopus Placentinus, ad successorem munus exsecutoris transit, ad quem transit dignitas.

Iure quoque Gallico art. 1032. et Ital. art. 909. statuitur, munus exsecutoris testamenti, non transire ad eiusdem heredes.

745. Exsecutores testamentarii, sicut ceteri administratores, rationem reddere debent suae exsecutionis, intra tempus a lege statutum. Cf. Lugo n. 334. idque supponitur a *Clementina* mox citanda. Iure Gallico est annus a morte testatoris art. 1031. §. 4. Ita et It. art. 908. §. 4.

Religiosi, etiam exempti, deputati ad exsecutionem cuiuslibet ultimae voluntatis, rationem suae exsecutionis Episcopo loci reddere debent. *Clement. unic. de Testamentis.*

Tempus vero exsecutoribus concessum pro exsequenda voluntate defuncti, illud est, quod testator praescripsit: si vero nihil dixit testator, debet exsecutor exsequi intra sex menses legata pia *Authent. de Ecclesiasticis titulis* c. 12.; quamvis Gregorius IX., cum testator reliquerit monasterium aedificandum, iusserit, intra annum constructionem eius ab herede ordinari c. *Nos quidem, de Testamentis,* quod tempus competit legatis profanis, computandum a conventione iudicis *Authentica de Heredibus et Falcidia* c. 4. idque apud nos valet, cum post annum exsecutor rationem reddere debeat exsecutionis suae.

746. Cum plures exsecutores designati sunt et non est singulis sua gestionis pars constituta: singuli tenentur in solidum, postquam acceptaverint, etiamsi unus aut alter tantum exsecutionis operi incumbant; quia singulis universa procuratio est commendata. Si tamen aliquis exsecutioni operam daret, aliis nolentibus et contradicentibus aut saltem citra suam culpam ignorantibus, is solus teneretur, non alii; nam *imputari non debet ei, per quem non stat: si non faciat, quod per eum fuerat faciendum* Reg. 41. iuris in 6.

In C. G. art. 1033. et C. It. art. 910. statuitur. « Si sint plures exsecutores testamentarii, qui acceptarunt, unus agere potest, aliis se abstinentibus: sed omnes tenentur in solidum rationem reddere bonorum mo-

bilium ipsis creditorum, nisi testator functiones singulorum diviserit et quisque intra limites functionis sibi tributae se continuerit ».

Ceterum, quod aequitas ipsa postulat, « pluribus a testatore simpliciter exsecutoribus deputatis, uno eorum mortuo vel in remotis agente aut id exsequi forte nolente; ne voluntatem testatoris impediri vel nimium differri contingat, poterit unus, nisi testator aliud expresserit, officium exsecutionis iniunctae libere adimplere ». c. *Religiosus* §. 1. *de Testamentis* in 6.

747. Obligatio imposita exsecutoribus reddendae rationis secum fert obligationem conficiendi ab initio inventarii, quemadmodum praescribitur heredi, qui velit beneficio legis Falcidiae uti *Authentica* cit. *de Heredibus* et *Falcidia* c. 2. §. 1.

Ita C. G. art. 1031. §. 1. et C. It. art. 908. §. 1. « Exsecutores curabunt, ut, praesente praesumpto herede aut eo legitime citato, inventarium conficiatur bonorum hereditatis ».

His praestitutis de officio exsecutoris testamenti, sequuntur quaedam quaestiones, quae propriae magis sunt doctrinae moralis.

CCVIII. Quaeres 1. An religiosus exsecutor legatum in pias causas monasterio suo applicare possit?

Respond. posse. Ratio est, quia si quid obstaret, esset ex eo, quod exsecutor, etiam indigens, eleemosynam sibi ex testamento applicare nequeat, nisi testator indigentiam eius ignoraverit aut ea postmodum supervenerit; cum, si eam cognovisset, certum quid ei legaturus fuisse videatur. Sed haec ratio non ligat; quia causa Monasterii distincta est a causa seu persona professi, sicut causa Ecclesiae a causa beneficiati. Unde etiam quivis iussus aliquid dare pauperibus, potest id tribuere cognatis vel filiis suis; quia evidens est distinctio inter donantem et accipientem. Syl. Sanc. l. 6. c. 11. n. 56. V. Dian. p. 8. t. 5. r. 46. Porro ad pias causas legata dicuntur, quae intuitu pietatis relicta sunt, nimirum 1. Loco, vel personae sacrae. 2. Hospitali. 3. Confraternitatibus. 4. Pupillis et Orphanis. 5. Quod causa alimentorum iis, qui indigent. 6. Quod causa studii, saltem Theologici. 7. Ad constructionem monumenti. 8. Ad utilitatem publicam, v. g. pro munienda urbe in necessitate, vel viis reficiendis. Dian. p. 7. t. 6. r. 29. et 30. ex Bald. et ceteris multis.

748. Quod dicit A. exsecutorem non posse sibi applicare relictam eleemosynam, si testator eius indigentiam noverat, id, ait Laymann, supponunt plerique DD., eo quod testator, cum sciret eum egere tali legato, expresse ei aliquid reliquisset, si ei voluisset bene facere. Si non reliquit, constat intentionem testatoris non fuisse, ut exsecutor ea eleemosyna frueretur. At si testator paupertatem exsecutoris ignoravit aut ipsa postea supervenit, tunc exsecutor, non secus ac alii, frui potest beneficio testatoris et sibi applicare eleemosynam seu legatum atque in hoc casu valere ait Laymann doctrinam s. Thomae 2. 2. q. 32. c. 9. ad 3^m. « Cum aliquis distributor ponitur eleemosynarum, potest et ipse sibi accipere, si indigeat, eo tenore, quo et aliis ministrat ». Cf. ibid. Caiet. dissolventem difficultatem petitam ex iure civili l. *Si mandavero* §. 7. Dig. *Mandati*.

Aliter censet Lugo et primo quidem consentit cum communi, quod si testator, cognita eius paupertate, legavit aliquid exsecutori, videtur ipsum exclusisse a distributione per eum facienda, ideoque non posse accipere sibi: tum si exsecutores sint plures, alterum alteri posse dare.

Verum, etsi testator noverit paupertatem exsecutoris et nihil illi legaverit: nisi aliunde voluntas testatoris eum excludendi coniiciatur, poterit exsecutor sibi pauperi applicare; quia sic agens, implet totum, quod testator voluit atque distinctio servatur inter dantem et accipientem; quia dans est testator, rei dominus, disp. 24. n. 282. Nec admodum urget coniectura illa, quod, sciens testator paupertatem exsecutoris, si voluisset ei benefacere, legasset ipsi aliquid; nam cur non dicamus, nihil ei speciale legasse, quia sciebat aut volebat ipsum sibi posse quidquam ex communi eleemosyna accipere?

749. Enumerans A. quae legata dicuntur ad causas pias, ponit ultimo loco et ea quae fiunt ad publicam utilitatem. Hoc nimium videtur. An ad Episcopi providentiam, ad quam omnes causae piae spectant, spectabit constructio theatri, ornatus urbis etc.? « Aliquid dicitur relinqui in causam piam, ait Molina disp. 134. n. 1., quando relinquitur in bonum proprium animae, ut quando relinquitur eleemosyna pauperibus, etiam consanguineis, Ecclesiae, monasterio, aut in redemptionem captivorum, ad orphanam maritandam, in divinum cultum, in suffragio pro se aut aliis fidelibus defunctis. Denique quidquid praecipue fit Dei finisque supernaturalis intuitu, ad gratiam vel gloriam coram Deo promerendam vel in satisfactionem pro propriis vel alienis peccatis, dicitur res vel causa pia ». Utique et ad huiusmodi fines etiam refectio urbis puta terraemotu concussae referri potest: erit tamen idcirco semper in his indifferentibus rebus attendendus finis testantis.

Quod et de constructione monumentorum, quam A. 7° loco ponit, intelligendum est; sunt enim monumenta sacra, sunt profana.

CCIX. Quaeres 2. Quomodo relicta incerta exsecutioni sint mandanda?

Respond. 1. Si incertitudo sit ex parte legatarii, iure civili corruit legatum: v. g. quia sunt duo eiusdem nominis et amicitiae erga testatorem, iure civili corruit legatum: in foro conscientiae tamen tenetur exsecutor inter eos dividere aequaliter, si in id consentiant Mol. et c. Dian. p. 3. t. 5. r. 58. Trull. d. 12. 2. Legata ad causas pias ob incertitudinem loci, vel Ecclesiae, non fiunt caduca, sed plerumque pauperiori Ecclesiae vel Xenodochio danda erunt. 3. Si incertitudo sit ex parte rei legatae, videndum, an terminos a natura habeat, ut v. g. bos et equus, vel ab arte et industria, ut domus, vestis etc. Si a natura habeat, danda est una ex mediocribus: si ab arte, electio ad heredem pertinet, qui rem in eo genere minimam dando satisfacit. Idemque dicendum est de legatis, in numero, pondere et mensura consistentibus. Vid. Laymann l. c. n. 7. 8. et 9.

750. Doctrina est veterum iurisperitorum, corruere legatum, si incer-

titudo sit ex parte legatarii, quam exhibent l. *Si fuerit legatum* et l. *Si quis de pluribus* Dig. *de Rebus dubiis* coll. l. *Duo sunt* Dig. *de Testamentaria tutela* aliisque. Ratio ea est, quae in tertia ex his legibus citatis affertur, nimirum stante hac incertitudine, non ius quidem deficere, sed probationem: ideoque neutri esse dandum. Aliter vero statuitur, si ambo petant et heres paratus sit dare. l. *Si quis servum* §. 3. Dig. *de Legatis* 2. Hanc doctrinam negat Molina disp. 197. n. 2. iuri naturae esse conformem; nam ius alterutrius certum est, ut fatetur iurisconsultus Paulus in lege *Duo sunt;* idcirco nequit heres illud legatum sibi retinere et sane certo constat voluntatem fuisse testatoris ut res apud heredem non maneat. Oportet ergo ut res inter incertos legatarios dividatur. Cf. Lugo de his legibus seu responsis iurisconsultorum disputantem nn. 251-252.

Probat Lugo non posse retineri ab herede legatum, sed dividendum inter legatarios incertos; quia certa est voluntas testatoris, ut apud heredem non maneat: quia si tibi constet rem, quam tenes esse alienam, etsi ignores eius dominum, teneris iuxta praesumptam voluntatem domini, dare pauperibus cf. dicta P. 2. *de Restitutione* n. 187. seq.; multo ergo magis, cum constet certo alterum e duobus esse dominum, dividenda inter eos res est; haec est enim certe eorum voluntas potius quam nihil habere. Cf. dicta l. c. *de Restitutione* n. 189.

Nihilominus quia tandem sententiae et responsa iurisconsultorum in Digestis collecta vim legis habent; Iustinianus enim suam auctoritatem iis impertivit, suumque haberi voluit quidquid ibi continetur (ut idcirco non bene assequar quid valeat animadversio Molina, iurisperitos non potuisse condere leges): si quis, in causa profana, putaret posse se huic dispositioni iuris (dummodo ab eo regatur) morem gerere; eo quod lex iniusta non appareat, quia ipsa irritare potuit huiusmodi legata: non auderem hunc condemnare.

In C. it. art. 830. statuitur, « nullam esse dispositionem testamentariam factam in favorem personae, quae incerta ita sit, ut nequeat determinari » vel art. 834. « personae incertae nominandae ab alio ».

Si tamen persona sit ab alio eligenda inter plures a testatore designatas aut ex familia aut communitate a testatore indicatis aut sit aliqua communitas ex pluribus ab eodem determinatis, dispositio testamentaria valet. Ibid. art. 834. §. 1.

Quidquid vero sit de lege civili in causis profanis; quod spectat ad causas pias, certum est, incertitudinem legatarii non impedire quominus legatum debeatur. Si enim quis aliquid ecclesiae puta alicuius Sancti reliquerit, non definiens quam ecclesiam intelligat, lex ipsa statuit cui ecclesiae sit tribuendum *Authentica, de Ecclesiasticis titulis* c. 9. *Si quis,* vel iudicio Episcopi definiendum permittitur. Sane in his dispositionibus,

ille, cui principaliter relinquitur, non est incertus, Deus scilicet vel anima atque in favorem causae piae, quantum fieri potest, firmum habetur legatum.

Si in nomine heredis aut legatarii testator erraverit, si tamen de persona constat, valet institutio et legatum. Inst. l. 2. tit. 20. §. 29. Ita et C. it. art. 836.

751. Quae sub n. 3. habet A., ex lege civili desumpta sunt. Dandam esse seu dari posse rem *mediocrem* h. e. nec *optimam* nec *pessimam*, si res a natura sit definita, constat ex l. *Legato generaliter* Dig. *de legatis* 1. Dari posse *minimam* ab herede in alia hypothesi colligitur ex l. *Si ita sit adscriptum* §. 1. in fine Dig. tit. eod.

In C. G. art. 1022. et it. art. 870. statuitur, quod « cum legata est res indeterminata, sub certo tamen genere aut specie contenta, heres, ad quam electio spectat, non tenetur dare optimam nec potest dare pessimam ».

752. At si legatum sit ad causam piam, quum indeterminate factum sit, quid praestare oporteat, an quod melius est in eo genere, an saltem mediocre, an satis sit dare minimum, disputant DD. Ubi leges civiles pro causis profanis decernunt praestandum esse mediocre, iniquum videtur, minimum dare pro causis piis; non enim esse debent deterioris conditionis: si vero leges civiles minimum permittunt, cum lex canonica nihil statuerit, dari posse minimum docet Molina disp. 198. n. 10. Sanchez *Moral.* l. 4. c. 13. n. 8., quam sententiam non improbabilem censet Laymann l. c. c. 11. n. 9. Quia in dubio melior est conditio possidentis et praeterea, cum de votis agitur, si non constet quantitas promissa, satis esse dare minorem definivit Innocentius III. c. *Ex parte, de Censibus.* Cf. dicta *de Voto* dub. 4. resoll. 16. et 17. Porro eadem est ratio in praesenti quaestione.

CCX. Respond. 2. Si acceperint summam pecuniae distribuendam pauperibus, non tenentur dare pauperioribus possuntque etiam dare Hospitalibus, Ecclesiis (quae ornamentis, vel fabrica indigent) Monasteriis, vel iis, qui secundum suum statum non possunt vivere, sive ii sint opifices, sive altioris conditionis, etiam Nobiles. Vasq. Mol. et alii 8. Dummodo tamen non constet vel ex signis colligatur, aliam fuisse intentionem testatoris, quae semper attendenda est. Dian. p. 2. t. 15. r. 8. Si vero designaverint semel certos pauperes, non posse eos variare, docet Wading, sed affirmat Lugo. V. Dian. p. 8. t. 5. r. 50. et p. 2. t. 16. r. 19. Possunt etiam sibi ipsis, vel suis cognatis, si vere pauperes sint, praesertim si testator id ignoraverit, eam applicare. Wading. Dicastill. Dian. p. 8. t. 5. r. 46. et 47.

753. Nulla est opus declaratione:

Si exsecutores elegerint certos pauperes, quibus eleemosynas distribuant, posse deinde variare, aliis pauperibus substitutis, docet Lugo n. 338. ex Sanchez et aliis; quia censentur illi priorem electionem cum

hac reservatione fecisse, ut integrum illis esset mutare; quocirca non constat ius ullum pauperibus prioribus esse acquisitum.

Quod vero relictum est distribuendum in pauperes, nequit uni dari; sic enim non impletur voluntas defuncti. S. Alph. n. 930. d. 10., qui et monet pauperes concives praeferendos esse extraneis: sed in hoc voluntas testatoris spectanda est, quae indifferens esse potest ad utrosque.

CCXI. Quaeres 3. An legata ad certas pias causas possint ab exsecutore vel Episcopo commutari in alium pium usum.

Resp. 1. Si voluntas testatoris impleri potest iuste et honeste, non licet eam commutare in opus quantumcumque melius, nisi ex dispensatione Pontificis et iusta de causa. Mol. Wad. Dian. p. 1. t. 17. r. 28. et p. 8. t. 5. r. 63. etc. communiter contra Vasq. et aliquos, qui docent, Episcopum posse commutare in aequale, vel melius. Interdum tamen ad Episcopum, heredes et exsecutores pertinet, secundum epikeiam interpretari, non alienum esse a defuncti voluntate, si mutatio fiat: v. g. si testator pecuniam Ecclesiae leget ad calices comparandos et Ecclesia non egeat calicibus, sed casulis. Mol. Lay. l. c. n. 10. Vid. Vasq. opusc. *de Rest.* cap. 8. §. 5. d. 3. n. 104. Trull. c. 18. d. 12. Barbos. *de Off. et potest. Episc.*

CCXII. Respond. 2. Si ad usum a testatore destinatum applicari nequeunt, non ideo fiunt caduca, sed arbitrio Episcopi et exsecutoris ad aliam piam causam applicanda sunt: ita tamen, ut, quoad fieri potest, defuncti voluntas impleatur. Ratio est, quia is principaliter intendit ea in salutem animae suae ad Dei honorem relinquere. Molin. dist. 294. Bonac. dist. 3. *de Contr.* quaest. ult. par. ult. Barb. *de Offic. Episcop.*

754. Distingue 1° cum Lugo n. 303. interpretationem legati, cuidam obnoxii incertitudini, a commutatione eiusdem. Interpretatio actus est prudentum et doctorum, qui ex verbis aliisque indiciis, testatoris mentem possunt coniicere. Neque ad interpretandum opus est auctoritate; non agitur enim de lege, sed de voluntate privata interpretanda.

2° Praestituendum est principium. Quoties legatum in propria specie impleri potest, ita implendum est. Constat ex Clementina *Quia contingit, de Religiosis Domibus:* « Ea quae ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum debent non ad alium (salva quidem Sedis Apostolicae auctoritate) converti ». Quam constitutionem Trid. Synodus confirmavit sess. 25. *de Reform.* c. 8. Et ratio est evidens: oportet enim exsequi voluntatem testatoris; ea enim in his omnibus semper est praecipue spectanda.

755. Exempla interpretationis quaedam proponit Lugo l. c. nn. 303. 304. an legatum relictum pro puellis orphanis possit illi dari, quae patrem habet inutilem, puta amentem: an legatum relictum fabricae ecclesiae expendi possit pro eius ornamentis: an legatum relictum pro liberandis debitoribus carcere detentis, possit ei dari, qui propter debita in carcerem est coniiciendus.

In primo casu, nisi nullae sint orphanae (tunc enim commutatio in opus propius et similius certe habet locum), haud videtur licere id quod

quaeritur; nam ea puella tandem non est orphana et legatum potest in propria specie adimpleri.

Sed non est improbabilis, auctore s. Alph. n. 930. d. 3., alia interpretatio, habita ratione finis testatoris, qui est subvenire indigentiae orphanorum; nam egentiores sunt, qui habent parentes inutiles, cum sibi et illis consulere debeant.

Quoad alterum casum, consulendus est usus loquendi eo in loco, ad quem spectat testator: etsi enim *fabrica* proprie *aedificium* significet, alicubi tamen usurpari solet et pro reditibus, quos ecclesia percipit ad res sibi necessarias: habita porro ratione usus loquendi, res definienda erit.

In tertio casu, facile constat perinde esse moraliter, hominem e carcere educere et impedire ne mox coniiciendus in eum coniiciatur. Si ergo de proxima incarceratione agatur, licebit profecto subvenire, ope legati, illi, qui esset propter debita carcerem ingressurus.

Item si quis reliquit mille aureos pro levamine conscientiae suae propter male acquisita, constet autem male ab eo acquisita fuisse solum quingentos: integrum legatum implendum erit; nam et id fieri potest et forte, ut tutior esset, voluit testator amplius dare. Excipit Lugo cum Molina, si testator debitum suum clare definivisset, dicens e. gr. mille aureos male se acquisivisse, prout ex libris mearum rationum constat. Tunc enim contraria appareret voluntas testatoris, voluisse nempe tantum legare, quantum ex rationibus se debere constat et solum ex errore legasse millia. Cf. Lugo n. 308.

756. Quod spectat ad commutationem; vel legatum non potest in sua specie impleri, vel potest. Si non potest, legatum quidem profanum fit caducum, minime vero legatum pium; cum principalis intentio fuerit pro honore Dei aut salute animae, quae servari adhuc potest. Commutandum est ergo legatum pium et commutatio facienda est ab Episcopo una cum exsecutoribus, quibus absque iusta causa non consentientibus, Episcopus solus aget: tum commutatio talis facienda est, ut quantum fieri potest, voluntas testatoris custodiatur ideoque in aliquid magis simile et propinquum commutandum erit legatum. Constant haec ex c. *Nos quidem, de Testamentis* et Trid. Syn. c. 8. cit., ubi praecipitur hospitalia, a testatoribus instituta, si inutilia evaserint, convertenda esse in usum pium utiliorem et proximiorem. Cf. Laymann l. c. n. 10.

Si vero legatum potest in sua specie adimpleri, nequit in aliud opus, quantumvis melius videatur, ab Episcopo et exsecutoribus commutari. Patet ex c. *Conquestus, de Foro competenti* et *Clementina* sup. cit.

757. Quamvis autem fieri nequeat commutatio, quae actus est auctoritatis, identidem tamen interpretatione licebit uti seu epikeia, quando

testatoris voluntas coniici possit; ea est enim, ut diximus, ad cuius normam sunt omnia exigenda. « Excipiendum arbitror, ait Laymann l. c. n. 11., nisi causa aliqua vel de novo incidens vel ignorata a testatore subsit, quam si testator praevidisset aut cognovisset, aliter disposuisset et nunc quoque, si viveret, contentus esset, legatum pium in alium usum, quam destinaverat, converti. Quod secundum epikeiam interpretari, ad Episcopum et heredem aliosque exsecutores pertinet. V. g. si testator leget ecclesiae pecuniam ad vasa sacra conficienda et illa non indigeat vasis sacris, sed potius casulis ». Cf. Lugo nn. 309-311.

758. Commutatio piarum voluntatum, quae adhuc in sua specie possunt impleri, fieri potest a R. P., dum iusta subest causa. Nam ex puro arbitrio, nulla iusta exsistente causa, non est cur credamus id fas esse Romano Pontifici; cum haec potestas non sit necessaria, nec R. P. dominium habeat bonorum aliorum, nisi quod dicitur altum (quo ex iusta causa ob bonum publicum Princeps supremus de bonis subditorum disponit) et quidem indirectum et tandem quia Trid. Syn. id tanquam certum supposuisse videtur Sess. 22. *de Reform.* c. 6., nonnisi nempe ex iusta et necessaria causa fieri posse commutationes ultimarum voluntatum a s. Sede: iussit enim, antequam eae exsecutioni mandentur, Episcopos, tanquam delegatos Apost. Sedis, inquirere extraiudicialiter, an in precibus oblatis s. Sedi tacita veritas aut falsitas suggesta fuerit: quae cautio non videretur adeo sollemniter a Concilio exigenda, si commutationes et absque causa factae a R. P. valerent.

759. Hanc eandem auctoritatem in causis profanis ius commune tribuit Principi supremo l. 4. Dig. *de Administr. rerum* etc. « Legatam municipio pecuniam in aliam rem, quam defunctus voluit, convertere, citra Principis auctoritatem, non licet ». Quae potestas Principi supremo neganda haud est: est enim pars alti dominii.

Ex dictis resolvuntur sequentes casus.

CCXIII. 1. Si testator pauperi determinato aliquid legarit, hic autem ante solutionem moriatur, heres illud tenetur alteri pauperi dare: quia praesumitur legatum pium factum in beneficium animae testatoris, adeoque designatio pauperis demonstrative, non taxative facta fuisse: nisi tamen aliud constet vel ex circumstantiis colligatur de testatoris intentione, de qua si maneat dubium, manet data resolutio. Mol. Sanch. Bard. d. 6. c. 10. §. 7.

760. Haec et duae sequentes resolutiones pendent potissimum ex traditis in q. 2. Ista resolutio ut clara sit, nunc breviter declarandum est, quid sit relinquere legatum *taxative*, quid *demonstrative* et undenam dignoscatur, uter modus adhibitus fuerit; hae enim duae quaestiones non sunt confundendae.

Intentio sane testatoris dupliciter se habere potest: 1° ut velit absolute aliquod opus pium fieri et per consequens determinet summam pecuniae vel fundum, ex quo impensae necessariae fiant: 2° ut simpliciter velit certam summam vel certum fundum relictum impendi in usus pios. Si prior intentio locum habeat, res quae relinquitur, dicitur legata *demonstrative:* demonstrat scilicet testator, quomodo ultimae suae voluntati fieri possit satis. Si altera intentio locum habeat, res relicta dicitur legata *taxative;* taxat scilicet testator eam rem illo debito.

Iam vero certum est in iure canonico: si legatum relictum sit *demonstrative;* etsi deinceps res legata pereat, non liberari heredem, cui onus illius legati impositum fuerat, ab obligatione adimplendi legati ideoque de suo supplendi: est enim obligatio testamento imposita et aditione hereditatis suscepta eaque personae heredis inhaeret, quae, manente hereditate, non deficit. Si vero legatum sit relictum *taxative,* re pereunte, cessat eius obligatio: quia haec ipsi rei adhaerebat.

761. Itaque quaestio est, quomodo dignoscatur an *taxative* vel *demonstrative* relictum sit legatum. Quaestio habere potest locum, cum res incerta est; si enim testator suam mentem aperuerit, nulla alia regula opus est, ut eius intentio dignoscatur. Deficiente ergo aperta testatoris manifestatione, cum coniecturis utendum sit (cf. Benedictum XIV. *de Syn.* l. 13. c. ult. n. 32.): haec regula traditur. « Illa legata erunt *taxative* concepta, si fundatores, legando aut aliquo modo disponendo, orationem seu dispositionem prius inchoaverint ab assignatione fundi et subinde Missarum (perinde est de aliis operibus piis) onus adiecerint... Secus vero si fundatores orationem seu dispositionem inceperint ab impositione oneris et subinde fundum assignaverint; tunc enim onus dicitur *demonstrative* conceptum ac fundatorum heredes cogendi sunt ad perpetuam dicti oneris manutentionem et ad supplendam summam deficientem tam pro praeterito, quam pro futuro ». Cf. Lucidi *de Visit. ss. Lim.* V. 2. c. 7. n. 104. V. 3. Append. post Docum. 62^{m}.

Iuverit tamen advertere, post Adnotatores operis Lucii Ferraris ad v. *legatarius* et *legatum,* haec esse argumenta coniecturalia, quae rei probabilitatem quidem gignere possunt, non vero certitudinem: ut proinde praesumatur quidem talis voluntas testatoris, non vero certa sit. Quocirca non videtur praeclusus aditus tutiori investigationi voluntatis defuncti et si ex non dubiis argumentis coniici possit quaenam testatoris voluntas fuerit, praesumptio cedet veritati. Quod quidem in utroque casu, sive in favorem pii operis sive in favorem heredis valere debet.

Idem puto dicendum de praesumptione, de qua loquitur A.; nam fieri potest, ut aliquid pauperi legetur, non ob piam causam, sed ob motivum pure humanum, vel ob rationem, quae in illo solo valeat.

CCXIV. 2. Si legata pia inveniantur inducta et non constet de testatoris intentione, tenetur heres ea solvere; quia praesumitur id fortuito ac casualiter et non ex testatoris voluntate accidisse. Bard. d. 6. c. 10. §. 17.

762. *Inductum* valet perinde ac *deletum*, non quidem prorsus abrasum, sed superinducta scriptura aut atramento tectum. De hac re Ulpianus l. 1. Dig. *de His, quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur*. « Quae in testamento legi possunt, ea inconsulto deleta et inducta, nihilominus valent: consulto, non valent. Id vero, quod non iussu domini scriptum, inductum deletumve est, pro nihilo est. *Legi* autem sic accipiendum: non intelligi (ratiocinio quodam colligi), sed oculis perspici quae sunt scripta. Ceterum si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse: sufficit autem, si legibilia sunt inconsulto deleta, sive ab ipso (deleta sint) sive ab alio, sed nolentibus. *Inducta* accipiendum est, etsi *perducta* sint ».

Itaque quae in testamento legi nequeunt, non valent: quae, quamvis deleta aut inducta, adhuc legi hoc est oculis perspici possunt, si quidem consulto deleta aut inducta sunt, non valent, si inconsulto, valent. Haec profecto secundum aequitatem constituta sunt atque in legatis quoque piis valere debent; nam integrum est semper testatori voluntatem suam mutare et nonnisi ultima voluntas vim habeat, oportet: si ergo consulto delevit testator legatum pium, nulla est amplius ratio, cur illud petas; nihil enim reipsa relictum est.

763. Quaestio ergo tantum esse poterit, si litura, inductio et huiusmodi compareat (dummodo tamen adhuc legi scriptura prior valeat): an credendum sit a testatore vel eius iussu inductam esse scripturam atque inductam consulto, an potius ab alio vel ab ipso sed inconsulto. Qua in re non apparet, cur exsistente dubio, praesumendum semper sit, inductionem fortuito ac casualiter et non ex testatoris voluntate accidisse. Id ex omnibus adiunctis coniiciendum erit.

Profecto si scriptura vitietur macula, quae identidem solet ex calamo decidere, ne locus quidem quaestioni erit: sed inductio nominat actum, qui consulto, data opera, ab ipso testatore fieri potest ad delendum et abrogandum, quod antea scripserat. l. cit. et 3. eod. tit.

Sane si in testamento holographo, quod apud se testator semper custodivit, talis inductio compareat, quis non ipsum eiusdem censebit auctorem et quidem consulto, nisi mente destitutum fuisse constet?

CCXV. 3. Si Testator legaverit summam pecuniae pro certo numero sacrorum; heres autem eam summam sacerdoti cuipiam bono tradiderit ac postea ob mortem dicti sacerdotis aliamve ob causam dubitet prudenter, an sacrificia illa sint peracta, non tenetur curare ea iterum celebranda; quia satisfecit testatoris voluntati. Bard. d. 6. q. 10. §. 22.

764. Auctor loquitur in hypothesi dubii, quo heres pulsetur, qui elee-

mosynam subministravit: an Missae celebratae fuerint. Quo in casu valet ratio ab eo allata et quia imponenda non est obligatio, quae certa non sit. Sed quid, si certior fiat, Missas non esse celebratas et dissipatam eleemosynam? Si heres sacerdoti, qui prudenter iudicabatur probus, eleemosynam dedit, iam plene satisfecit voluntati testatoris, nec praesumendum est, hunc voluisse ut in voluntate alterius esset situm, quod heres bis, ter etc. solveret legatum. Nec per se defraudatur intentio testatoris; nam obligatio celebrandi manet penes eum, qui eleemosynam accepit.

CCXVI. Quaeres 4. Intra quod tempus, quo ordine et modo heredes et exsecutores defuncti voluntatem exsequi debeant et quis cogere possit?

Respond. 1. Teneri statim post aditam hereditatem confectumque inventarium, etiam intra annum, nisi iusto impedimento excusentur. Imo in legatis piis intra sex menses, Mol. Vasq. Dian. p. 8. t. 5. r. 53. idque, etiamsi hereditas non sit adita, eo quod heres vel ante fuerit mortuus, vel eam repudiarit. Covar. et alii tres. Dian. p. 7. t. 6. r. 25. Unde si differant notabiliter (praesertim solutionem piorum legatorum) aut negligant exsequi, graviter peccant tenenturque damnum, quod alii ipsorum culpa acceperunt, compensare. Bon. d. 3. q. 18. p. 4. Nav. c. 25. Lugo, Dian. p. 8. t. 5. §. 52.

CCXVII. Resp. 2. Ab utroque Iudice, Ecclesiastico et seculari compelli possunt (si tamen laici sunt.). Quod si post annum a monitione iudicis vel Episcopi exsequi negligant, omni commodo (excepta tota legitima, si heredes necessarii sunt) ex testamento ipsis proveniente privantur. V. Laym. l. c. t. 5. c. 11. Card. de Lugo d. 26. *de Iust.* Dian. p. 3. t. 3. r. 59. Valerum, Trull. d. 11. Imo, si intra annum negligant exsequi, ius exsecutionis devolvitur ad Episcopum. Molin. et alii 8. Dian. p. 8. t. 5. r. 40. nec admittitur purgatio morae. Sanch. Dian. l. c. r. 33. et 54. Sed tenetur Episcopus exsequi, removendo illos ab exsecutione et emolumentis spoliando atque in defectum Episcopi, idem potest Metropolitanus. Molin. Merol. Dian. r. 57.

CCXVIII. Respond. 3. Exsecutor tenetur omnia exsequi secundum mentem testatoris: ad hoc tamen exsecutor particularis non potest vendere bona defuncti, nisi hic ita statuerit: universalis autem potest. Lugo disp. 24. sess. 16. Dian. p. 8. t. 5. r. 32. Neque potest unquam, invito herede, rem legatam dare legatario; quia non potest, nisi per Iudicem, spoliare heredem sua possessione, licet teneatur monere Episcopum, ut heredem cogat. Sanch. Lug. Dian. p. 8. t. 5. r. 39. Quod si bona non sufficiant ad legata omnia solvenda, distribuenda sunt omnibus aequaliter pro rata (etiamsi sint pia et licet uni res certa et in individuo sit legata) nec licet uni prae aliis gratificari; quia par omnium est ratio et ius. Sylv. Sanch. Bon. Dian. Trull. l. 7. c. 18. d. 12.

CCXIX. Respond. 4. Tenentur Exsecutores reddere rationem exsecutionis (idque probabiliter, etiamsi testator eos hoc onere liberasset) exceptis iis, quae testator iussit erogari secreto. Dian. p. 8. t. 5. r. 34. et alii 35. Possuntque ad hoc cogi ab Episcopo vel Capitulo, Sede vacante, r. 36. et 37. et 62. nisi sint Regulares plene exempti, quos cogi posse alii negant, affirmant alii, ut vide l. c. Denique non debetur iis salarium, cum sit officium voluntarium amicitiae: si tamen damnum ex eo patiantur vel sint etiam administratores bonorum, debet assignari a Iudic. Lugo d. 24. sess. 16. n. 335. Vid. Dian. r. 39. Plura de exsecutione piarum et ultimarum voluntatum V. apud Trull. et Dian. ll. cc. et Barb. lib. 3. *de Iure univ.*. c. 27.

765. Paucis opus est declarationibus. Quod spectat ad primam responsionem haec notamus.

Advertunt DD. quod spatium anni concessum pro solvendis legatis profanis et sex mensium pro piis, eo spectat ut ante hoc tempus in foro externo cogi non possint executor aut heres rationes reddere et poenis affici pro negligentia; non autem eo spectat, ut auferatur obligatio conscientiae, quae alias est de lege naturae, implendi voluntatem testatoris. Ita DD. communiter, ait Lugo n. 296., supposito, nullum obstare impedimentum adimplendis legatis. Et sane, pergit idem, « quoad solvenda debita testatoris, ratio est clara nec testator poterat dilationem concedere heredi, cum testator ipse statim teneretur solvere. Quoad alia vero legata, probatur etiam clare; quia illa sunt vere debita legatariis: ergo, sicut alia debita, solvenda sunt illis, quando commode possunt. Habet autem hoc potissimum locum in Missis et suffragiis offerendis pro anima testatoris, quorum dilatio ipsi multum nocere potest ».

766. Iure positivo legatorum possessio ab herede danda est ideoque requiritur, ut praevertat aditio hereditatis l. *Si nemo* Dig. *de Testamentaria tutela*, qua statuitur, quod *si nemo hereditatem adierit, nihil valeat ex his, quae testamento sunt scripta.* Quia vero id iuris est positivi civilis, quod causas pias non afficit; legata pia debebuntur, etsi ea conditio desit.

767. In 3. resp. distinguit A. exsecutorem universalem et particularem. *Particularis* exsecutor est, ait Molina disp. 247. n. 7., « quando aliquis institutus est heres aut succedit ab intestato et constituitur, qui cetera, quae in testamento aut codicillo statuta sunt, mandet exsecutioni, hic particularis exsecutor dicitur. *Universalis* dicitur, quando nullus in particulari, praeter animam defuncti, heres statuitur et constituitur aliquis, qui voluntatem defuncti exsecutioni mandet ». Quod ultimo loco dicit A., universaliter acceptum, non est certum; nam vel constare potest vel merito praesumi voluntas testatoris magis affecta erga hunc quam illum legatarium et erga aliquem absoluta, magis propensa erga hoc legatum, puta pium, quam aliud. Cf. Lugo disp. 20. n. 90.

768. In resp. 4. ait A. dissentire DD. in quaestione, an religiosi plene exempti cogi ab Episcopo possint ad reddendam exsecutionis suae rationem necne: Sanchez *Decal.* l. 6. c. 11. n. 22., sibi displicere affirmat sententiam negantem. Nam clara sunt verba *Clementinae, de Testamentis.* nec aliquid solidi affertur, quo eius vis infringatur. « Religiosis *etiam exemptis* (illud additum ab A. *plene* quid confert? non extrahit eos e numero religiosorum exemptorum, imo vere exempti sunt, qui plene exempti), deputatis ad exsecutionem cuiuslibet ultimae voluntatis, circa ipsius exsecutionis officium (quod utique non possunt, nisi a superiore suo petita super hoc licentia et obtenta) volentes praescindere materiam delinquendi, praesentis constitutionis auctoritate statuimus, quod tales, etiamsi prae-

lationis fungantur officio, locorum Ordinariis debitam reddere ipsique Ordinarii ab iisdem, absque dolo, fraude seu negligentia, de susceptae exsecutionis officio teneatur exigere rationem, illos, quos circa id deliquisse repererint, in aliorum exemplum, poena debita, *quocumque non obstante privilegio*, punituri ». Quoad reliqua circa legata cf. seq. art. 4. *de legatis*.

Dub. V.

De testamentariis dispositionibus.

Artic. I.

Qui possint testari et heredes institui.

CCXX. Resp. 1. Omnes homines liberam de suis bonis testandi facultatem habent nisi naturali aut positivo iure prohibeantur. Naturali autem iure testari vetantur infantes, furiosi, amentes, nisi tamen lucida intervalla habeant vel in una tantum materia delirent et in aliis non, ut Nav. Sanc. lib. 1. de *Matr*. d. 8. Quid autem sentiendum de eo, qui ex morbo aliquandiu delirat, v. Card. Lugo d. 14. 5. 4. Positivo autem, surdus simul et mutus a natura, prodigus, servus, usurarius publicus, filiusfamilias de bonis adventitiis (si quidem ante clericatum advenerint, ut v. C. de Lugo *de Iust.* d. 24. n. 67.), impubes, captivus apud hostem, damnatus ad mortem, si bona eius confiscentur. C. Lugo l. c. n. 72., professus religionem.

Dico, *professus;* quia novitius, cum adhuc sui iuris sit, absque superioris licentia valide testari potest, etiam non servata iuris sollemnitate, ut habet Trull. c. 18. d. 5. ex Sa et Bon. et, si quidem intestatus decedat, proximi consanguinei in bonis succedunt. Similiter Religiosus Societatis, post emissa vota simplicia, etsi non licite, valide tamen potest testari; quia dominium bonorum suorum retinet impeditum quasi voto paupertatis, quoad dispositionem sine licentia superioris; non tamen ulla constitutione Canonica dispositio irritatur. Ita Molin. Sanch. Laymann, qui addit, potestatem testandi seu iure, seu consuetudine, etiam Religiosis Ordinum militarium concessam, frequenterque a Pontifice concedi iis solere, qui extra claustrum Beneficium, vel Episcopatum habent.

769. Adde iis, qui testari nequeunt, ex iure romano, eum cui a iudice bonis interdictum est l. *Is cui* Dig. *Qui testam. facere possunt* et qui damnatus est ob libellum famosum ibid. §. 1. item deportatus l. 1. C. *de Heredibus instituendis*. De surdo simul et muto a nativitate ita Iustinianus l. *Discretis*. C. *Qui testamentum facere possint:* « Si quis utroque morbo simul laborat idest ut neque audire neque loqui possit et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere neque codicillos neque fideicommissum relinquere neque donationem mortis causa celebrare concedatur ». Sed cum tales homines ita nunc erudiantur ut humani convictus sint participes, ut scribere imo et loqui sciant: non est cur prohibeantur testari neque ius modernum eis testandi facultatem adimit.

Quoad filiosfamilias haec Iustinianus in Inst. l. 2. tit. 12., statuit. « Ii,

qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihil magis iure testari possint, exceptis iis, quos ante enumeravimus (qui scilicet castrense et quasi castrense peculium habent: in his enim bonis ut patresfamilias spectantur)... Praeter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet (postea) suae potestatis factus decesserit ». Neque ergo in bonis adventitiis testamenti factionem filiisfamilias Iustinianus permittit: etsi eorum proprietatem et quorundam plenam ipsis Imperator concesserit. Cf. Vinnium ad textum cit.

Iure gallico reiicitur, qui non est sanae mentis: qui est infra annum 16. artt. 901. 903. qui est civiliter mortuus art. 25.

Iure italico nequeunt testari qui annum duodevigesimum non absolverunt, interdicti propter infirmitatem mentis, ii, quos demonstratur sanae mentis non fuisse, cum testamentum conderent, art. 763., tum damnati ad ergastulum. C. P. art. 32. §. 1.

Iure canonico privantur testandi iure excommunicati propter haeresim atque credentes, receptatores ac defensores et fautores haereticorum: qui tamen omnes denuntiati sint et ob haeresim ab ecclesiastica auctoritate damnati. Bona haereticorum asseruntur fisco, si laici sint: si clerici, ecclesiae, a qua stipendia receperunt. Ita Innocentius III. c. *Excommunicamus* §§. 1. 4. *de Haereticis.*

Item facultate testandi privantur, qui persequuntur, capiunt, percutiunt aliquem ex s. R. E. Cardinalibus, eorum socii aut crimen mandantes, ratum habentes, consulentes fautoresque, receptatores et defensores eorundem c. *Felicis, de Poenis* in 6.

Praeterea usurariorum manifestorum testamenta, nisi de usuris satisfecerint aut de satisfaciendo pro suarum viribus facultatum praestiterint idoneam cautionem, irrita ipso iure voluit esse Gregorius X. in Conc. Lugd. c. *Quanquam* §. 1. *de Usuris* in 6. Haec tamen poena pro his tribus delictis non esse amplius in usu videtur.

Adverte, incapaces testamenti faciendi iure naturae vel iure canonico nec ad causas pias posse testari: incapaces autem solo iure civili posse ad causas pias de iis testari bonis, quorum dominium habeant. Ferraris v. *Testamentum* art. 3. n. 23.

770. Qui iure canonico prohibeantur, praeter usurarios, A. nominat religiosos professos. Verum antequam de professis agamus, aliquid dicendum de clericis; nam et de his leges exstant quoad istud caput in corpore canonici iuris. Opus quidem non est monere testari clericos posse de bonis suis patrimonialibus, non secus ac laici possint. Quaestio est de aliis bonis, quae obtinent quomodocumque quatenus clerici sunt.

Itaque 1. sepositis nunc reditibus beneficiorum, Clericus testari potest de omnibus bonis quacumque ratione acquisitis etiam intuitu ecclesiastici ministerii, cuiusmodi sunt quae acquiruntur cantu, concionibus, celebratione Missarum, funeribus, magisterio, functione cappellani aut vicarii temporalis et huiusmodi. Haec est doctrina communis, ait Molina disp. 147. n. 1. colligiturque ex c. *Episcopi* 19. caus. 12. q. 1. « Episcopi de rebus propriis vel acquisitis, vel quidquid de proprio habent, heredibus suis, si voluerint, derelinquant. Quidquid vero de provisione suae ecclesiae fuerit, sive de agris, sive de fructibus, sive de oblationibus, omnia in iure ecclesiae reservare censuimus ». Ubi excipiuntur solum reditus beneficiorum et decimarum. Consentit c. *Relatum, de Testamentis*, in quo Alexander III. excipiens bona quaelibet per ecclesiam acquisita; « ceterum ait, quae ex hereditate, vel artificio aut doctrina (concionando nempe et docendo) proveniunt, distribuentur pro arbitrio decedentis ». Ubi patet et ea, quae intuitu ministerii ecclesiastici acquiruntur, cuiusmodi sunt stipendia concionum ac magisterii, proprie ita fieri clericorum, ut de iis valeant ipsi testamento disponere.

Quocirca ea, quae c. *Quia nos, de Testamentis,* dicuntur pervenire ad Clericos, *habito respectu ad ecclesiam, consideratione ecclesiae,* non sunt quaecumque intuitu ecclesiastici ministerii acquiruntur, sed quae ratione beneficii ideoque illius ecclesiae, in qua quis est beneficiarius, obtinentur.

2° Clericis licet testari de bonis parsimonialibus, h. e. de ea parte redituum beneficii, quos beneficiarius convenienti suae sustentationi subtraxit. Computantur enim inter bona acquisita a beneficiario propria industria. Hanc doctrinam communem esse, ait Barbosa apud Ferraris v. *Testam.* art. 3. n. 27. et citatur s. Thomas 2. 2. q. 185. art. 7. ad 2.

3° De reditibus beneficiorum, sive adhuc in se ipsis permanentibus sive in quo illi facti sunt locupletiores, nequeunt Clerici, attento iure decretalium, testari vel ad causas profanas vel ad pias; quamvis potuerint de iisdem *valide* quidem disponere pro arbitrio dum viverent, *honeste* autem in causas pias aut honestas. Haec est scilicet positiva lex, quae tales dispositiones testamentarias irritat: *De his tamen, quae consideratione ecclesiae perceperunt, nullum de iure facere possunt Testamentum,* ait Alexander III. c. *Quia nos, de Testamentis* atque Idem c. *Relatum,* ibid. *Bona quaelibet per ecclesiam acquisita, ei debent, iuxta Later., Conc., post acquirentis obitum, remanere.* Cf. c. *Episcopi* sup. cit. Vide Molina l. c. n. 5. Schmalz. in tit. *de Testamentis* n. 82. Ferraris l. c. n. 28.

Exceptionem tamen haec lex admittit, ab ipso c. *Relatum* significatam, ut modicam quantitatem, in pios usus, iuxta consuetudinem, disponere testando possint. *Consuetudinis est non improbandae, ut de his, paupe-*

ribus et religiosis locis et illis, qui viventi servierant, sive sint consanguinei sive alii, aliqua iuxta servitii merita conferantur.

Ratio cur, dum integrum iis est de his bonis disponere actu inter vivos, valide saltem, interdicantur tamen Clerici de iisdem testari, haec afferri solet; ut in pios usus Clerici, dum vivunt, superflua expendant, memores se iis consanguineos aut amicos non fore post obitum locupletaturos.

771. Nihilominus sententia est satis probata Canonistis et Theologis (cf. Schmalzg. l. c. n. 83. seqq. Molina l. c. n. 25. seqq.), legitimam consuetudinem introduci posse ut Clerici etiam de his ecclesiasticis reditibus testari valeant non solum ad causas pias, sed et ad profanas. Ratio est, quia Clerici horum redituum vere sunt domini et sola ecclesiastica lege testandi iure privantur: porro consuetudo legem ecclesiasticam abrogare potest. Quae consuetudo heic non posset dici per se mala; nam Romani Pontifices Iulius III. Constit. *Cupiente* 10. Mart. 1549. et Paulus V. Const. *In Eminenti* 18. Apr. 1606. concesserunt clericis omnibus Romae degentibus vel in eius districtu privilegium libere et licite disponendi de fructibus, reditibus, proventibus beneficiorum tum donatione tum quavis alia ultima voluntate, in favorem consanguineorum et affinium et quarumvis aliarum personarum et si intestati decesserint, haec quoque bona concesserunt devolvi ad proximos agnatos aliosve, qui de iure succederent. Cf. Ferraris v. *Beneficiatus* art. 3. n. 8. Schmalzg. l. c. n. 85. Molina l. c. n. 24. Iam vero quod privilegio conceditur, haud malum est et consuetudo inducere potest quidquid privilegio potest obtineri.

Auctores isti, non admodum recentes, posse introduci consuetudinem dicunt, introductam non affirmant: an moda introducta sit et ubi, iudicent peritiores. Certe ius spoliorum camera Apostolica per se adhuc retinet; quamvis exercitium huius iuris aliquibus in locis per transactionem temperatum sit, ut certa pecuniae quantitate soluta a Clero Camerae Apostolicae, possessores beneficiorum eorumque profani heredes exempti sint a spolio, praeterquam in casu illicitae negotiationis, ut sub Sixto V. constitutum est pro Capitulis regni neapolitani et plerorumque Italiae locorum. Vid. Ferraris v. *Spolium* in Appendice n. 16. Item hoc ius Spolii Camerae Apostolicae receptum non fuisse in Gallia, Germania, Belgio, Lusitania affirmat Ferraris l. c. n. 30. Quoad utensilia Episcoporum exstat recens Constitutio Pii IX. *Quum illud* 1. Iun. 1847. cf. Acta s. Sedis V. 3. p. 279. seqq.

772. Ad religiosos quod spectat, certissimum est omnibus, professos votorum sollemnium haud posse testari. Patet ex Authentica *Ingressi* C. *de sacros. Eccl.* « Ingressi monasteria ipso ingressu se suaque dedicant Deo. Nec ergo de his testantur, utpote nec domini rerum » : quae lex ab

Ecclesia recepta est. Tum patet etiam ex c. *Quia ingredientibus, de Testamentis* aliisque decretis ac constanti praxi.

Ratio est, tum quia proprii iuris non sunt, proprium velle et nolle non habentes atque ex se nihil proprium habent, tum quia, etiamsi religiosus nihil habens, possit cum consensu praelati de aliqua re disponere, Ecclesia tamen dispositionem omnem per ultimam voluntatem, etiam cum consensu praelati, interdixit professis. Et huc sane tandem res omnis redit; quemadmodum enim ex Ecclesiae voluntate est, quod professus paupertatem sit incapax proprietatis, ita ab eadem voluntate est, ut nequeat testari, non solum quia ab ipsa est illud prius, e quo hoc alterum pendere censetur, sed quia ab ipsa est praeterea, ut neque ex consensu praelati professus testari possit, quod per se cum illo priore non repugnaret. Cf. Sanchez *Decal.* l. 7. c. 8. nn. 2-5. .

Neque ad causas pias professus testari potest; nam textus iuris universaliter loquuntur et fundamentalis ratio, cui innititur negatio facultatis, in hoc quoque eventu valet, quod nempe proprio professus careat. Cf. Sanchez. l. c.

In hac incapacitate testandi accensendi sunt professis votorum sollemnium etiam coadiutores formati Societatis Iesu, qui vota publica quidem sed simplicia emittunt, qui pariter ac Professi Societatis sunt, ex Constitutionibus a s. Sede approbatis, incapaces cuiuslibet dominii et testandi. Cf. Sanchez l. c. n. 22.

773. Porro quemadmodum testamentum ita et codicillum facere nequeunt professi; quia illis factio codicilli competit, quibus factio testamenti; sic enim l. *Divi* Dig. *de Iure codicillorum* §. 3. « Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest ».

774. Quaeritur an interdicta sit professis donatio mortis causa. Probabilem valde sententiam, id non interdici, dummodo consensus praelati accedat, habet Laymann *de Testam.* c. 3. n. 4. secutus Sanchez l. c. n. 11., qui probabilius censet posse professum, ex superioris licentia, donare mortis causa quid moderatum. Ratio est, quia iura de solo testamento loquuntur: quocirca argumentum, quod alii conficiunt, nempe, *Religiosus cum Praelati licentia testari nequit; ergo nec causa mortis donare potest*, firmum non est. Sane filiusfamilias nec ex patris consensu testari potest, ut vidimus, potest tamen cum patris consensu causa mortis donare l. *Tam is* Dig. *de Causa mortis donationibus*.

Non ergo haec sunt connexa, sicut in iure connexae sunt factio testamenti et factio codicilli. Itaque cum impotentia professi pendeat ex lege positiva et lex positiva de donatione mortis causa non loquatur, haud negandum videtur, quod donare mortis causa possit professus. Sane donare potest inter vivos: at donatio mortis causa analogiam habet cum

donatione inter vivos, qua differt a testamento et codicillo (n. 683.). Quemadmodum, ergo quid moderatum, ex praelati licentia, donare professus potest inter vivos, ita et mortis causa tantundem poterit donare.

Lugo tamen disp. 3. n. 109. veriorem censet oppositam sententiam, quam et communem appellat, ratione habita finis legis, qui est ne religiosus pro tempore futuro post mortem de bonis religionis disponat, ne in his bonis successio introducatur: porro huic fini donatio causa mortis adversatur non secus ac testamentum. Ex paritate scilicet rationis in utraque re arguit Lugo.

Ceterum si religiosus, cui peculium aliquod est permissum, de eo, instante morte, disponat, non obligando, sed deprecando superiorem, ut huic vel illi relinquatur, ita ut in potestate superioris res omnis collocetur, nulla est difficultas; nam reipsa non est ipse qui donat, sed movet solum superiorem ad donationem faciendam inter vivos. Et, si quantitas ea sit, quae donari a superiore possit, licebit ei promittere se donaturum ac servare promissum. Nulla tamen foret in hoc proprie dicta obligatio superioris; quia religiosus incapax est acquirendi ius aliquod iustitiae adversus superiorem, in ordine ad bona temporalia et quidem non ius tantum civile, sed et naturale, ut docet Lugo l. c. n. 114. quem vide et cf. dicenda in seq. Tr. de Statu Religioso, ubi de paupertate.

775. Auctoritate tamen Summi Pontificis testari possunt professi; quia ipse a lege Ecclesiae dispensare potest. Et est sententia satis communis: cf. Sanchez l. c. n. 45. Qui bene advertit n. 47. concessionem testandi factam religioso non esse dispensationem a voto paupertatis. Nam quemadmodum concedi potest religioso administratio et usus aliquarum rerum ut eas consumat aut alienet, quin dominus illarum constituatur et cum de re quoque aliena quis, cum consensu domini, testari valeat: patet quod, absque dispensatione a voto paupertatis, potest religiosus constitui capax testandi; cum facultas haec tandem non sit nisi prorogatio facultatis ad alienandum, non rem propriam, sed alienam, cum consensu domini vel supremi administratoris, ut post mortem etiam valeat, quemadmodum advertit s. Thomas 2. 2. q. 185. a. 8. ad 3^{m}.

Utique ut concessio talis facultatis licita sit, debet subesse iusta quaedam causa: at foretne valida concessio data absque iusta causa? Respondet Sanchez n. 50., quod si in modo tantum alienandi, scilicet per testamentum, vitium sit, valet concessio: quia vitium modi tollit auctoritas eius, a quo lex pendet. At si vitium sit in ipsa alienatione, quae etiam inter vivos esset prodiga et iniqua, non valeret licentia; eo quod nequeat superior, qui non dominus est sed solum administrator illorum bonorum, valide licentiam concedere ad prodigam et iniquam alienationem: quae quidem ratio et in Rom. Pontifice valet, qui non est dominus, sed administrator huiusmodi bonorum.

Concessio talis facultatis fieri potest tum ut testetur religiosus in favorem causae piae, imo si absolute facultas conceditur, in hunc solum finem concessa intelligitur, tum etiam ad causas profanas; quia et in his usus, etsi non *pius* h. e. religiosus, at *honestus* esse potest. Cf. Sanchez. l. c. nn. 51. 52.

776. Facultas testandi, sive iure sive consuetudine, ait Laymann l. c. n. 5., fit religiosis Ordinum militarium; quorum votum paupertatis minus perfectum est, sicut etiam votum castitatis. Cf. Sanchez l. c. nn. 26. seqq.

Concedi etiam solet religiosis ad Episcopatum aut Cardinalatum evectis, itemque iis, qui extra claustra vivunt et sua industria aliquid acquirunt. Haec tamen licentia est obtinenda *expresse* nec satis est secularizatio seu licentia vivendi extra claustrum et disponendi de bonis extra monasterium quaesitis; per hanc enim licet quidem donatio inter vivos, non vero testamentum. Cf. Sanchez l. c. n. 54. Religiosis in monasterio viventibus rarissime conceditur Laymann l. c.

777. Quemadmodum professis non licet testari, item nec licet testamentum ante professionem factum mutare; quia haec est vera testamenti factio: sed neque illud simpliciter revocare; nam hic est actus eiusdem valoris et in iure is censetur heredem instituere, qui ab intestato succederet: institutio autem heredis est testamentum. In hac secunda tamen conclusione non omnes consentiunt et cf. Lugo l. c. n. 120. Interpretari tamen seu declarare testamentum prius a se factum licet professo post professionem; quia declarans nihil de novo facit nec proinde testatur, dummodo sit declaratio comprehensiva, non extensiva.

778. Addendum, ex Authentica *de Sanctiss. Episcopis* c. 38. *Si qua mulier*, cuius dispositionem Ecclesia approbavit (cf. Sanchez l. c. 9. n. 7.), licere religioso etiam professo, qui liberos (sub quo nomine et nepotes veniunt) in seculo reliquerit, quique ante ingressum de bonis suis non disposuerit, dividere facultates suas in proprios filios et quidem ita, ut si solam legitimam eis distribuere velit, quod reliquum est, monasterio cedat: si autem eis amplius impertiri velit, tunc sibi inter illos connumerato partem retineat, quae pariter monasterii sit.

Patet hanc legem pro iis religiosis esse conditam, qui in monasteriis profitentur, quae sunt capacia succedendi in bonis religiosorum. Haec facultas distribuendi inter liberos bona sua, cum sit a iure, nulla eget licentia superiorum. Non est autem haec facultas testandi, sed simplex facultas dividendi bona inter eos, quibus debentur; quam religiosus professus exercet non tanquam dominus, sed tanquam administrator a iure constitutus ad hunc effectum. Cf. Sanchez ibid. n. 10. Molina disp. 141. n. 3. Lessius l. 2. c. 41. n. 82.

779. Quod A. dicit, novitios posse testari, *etiam non servata iuris*

sollemnitate, intelligo de sollemnitate a Trid. requisita pro renuntiatione valida ab iis facienda: qua de re iam locuti sumus n. 731. seqq. Secus, cf. *de legibus* n. 174. Cetera sunt clara.

CCXXI. Resp. 2. Omnes homines, etiam amentes, surdi, muti, servi, imo et communitas, heredes institui possunt: nisi specialiter prohibeantur. Ita Bon. *de Contr.* d. 4. quaest. ult. Quia ad hoc tantum requiritur plena potestas in disponente et capacitas in herede. Incapaces autem secundum iura sunt 1. Apostatae et Haeretici eorumque receptores, defensores, fautores: licet probabile sit, eos ante sententiam iudicis ad restitutionem non teneri; eo quod hoc ius in eo rigore non sit receptum. Less. lib. 2. c. 19. dub. 5. Sanch. l. 2. c. 14. n. 31. 2. Civitas hostium et communitas Iudaeorum. 3. Damnatus ad metalla: persecutores et percussores Cardinalium et qui ob crimen active intestabiles sunt. Less. l. c. Adde casus, in quibus aliqui excluduntur a bonis defuncti: ut 1. Heres (uti et legatarius) qui testatorem occidit, leg. ult. §. ult. ff. *de bonis damnatorum.* 2. Idem si testatori prohibuit testari aut testamentum revocare aut si ad uxorem testatoris accedat. 3. Si dum testator mente captus fuit, heres illius curam non habuit, aut si captivum redimere neglexit. V. Mol. d. 178. et 202. C. de Lugo d. 24. n. 75.

780. Nunc videndum quis heres possit testamento institui. Per se, iure naturae, quicumque est capax acquirendi, capax est etiam accipiendi hereditatem; idcirco quilibet homo, etiam infans, hebes, mutus ac surdus etc. Imo non solum personae, sed et communitates eadem gaudent capacitate. Lex tamen positiva facit aliquos incapaces.

Iam vero ex iure romano incapaces sunt generatim.

1° Quicunque ob crimen privantur iure testandi, nequeunt ex testamento accipere: id communiter receptum est ex Glossa in l. *Is cui* Dig. *Qui testam. facere possunt,* ubi nexus quidam statuitur inter eos, qui testari et qui heredes esse valent.

Hinc 2° iure communi haeretici et apostatae nequeunt esse heredes l. fin. C. *de Hereticis* et l. *Hi qui sanctam* C. *de Apostatis.*

Quocirca 3° nec persecutores Cardinalium et manifesti usurarii (n. 769.).

4° Civitates hostium communitatesque Iudaeorum, l. *Omnium* Dig. *ad S. C. Trebel.* et l. 1. C. *de Iudaeis.*

5° Collegia illicita, quae nempe publica auctoritate erecta non sunt l. *Collegium* C. *de Heredibus instituendis.*

6° Spurii, qui scilicet nati sunt ex damnato coitu, nec in paternis nec in maternis bonis succedere possunt l. *Si quis incesti* et Authentica *Ex complexu* C. *de Incestis et inutilibus nuptiis.*

Filii vero illegitimi seu naturales, concurrentibus filiis legitimis, unicam tantum unciam sive duodecimam bonorum partem una cum matre, accipere poterant a patre. Cf. Molina disp. 166. n. 2.

Speciatim tanquam *indigni* repelluntur ab accipienda hereditate ii, quos A. in 2. parte enumerat, quibus et alii addendi sunt, quos vide apud Molina disp. 178., qui sex casus describit.

Illud autem notandum ex eodem Molina ibid., quod cum haec in poenam statuta sint heredibus veluti indignis, potest heres talis tuta conscientia retinere hereditatem, donec per sententiam iudicis ei auferatur.

781. Iure moderno italico incapaces sunt accipiendi ex testamento illi, qui ex dispositione legis nequeunt succedere C. C. art. 764. Hi sunt 1° qui, cum adiretur hereditas, nondum essent concepti: 2° qui nati sunt haud vitales art. 724. Possunt tamen ex testamento accipere filii immediati personae viventis cum moreretur testator, etiamsi ii nondum concepti fuerint. art. 764. §. 1. 3° spurii art. 721.

Tanquam indigni vero, sunt incapaces successionis 1° qui voluntarie occidit aut tentavit occidere eum, de cuius successione agitur: 2° qui eidem inferat crimen, si crimen illatum calumniosum in iudicio declaretur: 3° qui eundem coegerit testamentum facere aut mutare: 4° qui eundem impediverit testamentum facere aut factum revocare aut qui suppresserit, celaverit testamentum posterius vel in eo mutationes aliquas induxerit, art. 725.

Nihilominus indignus admitti potest ad successionem, si is, de cuius successione agitur, ipsum ad hoc habilem reddiderit expresse per actum authenticum aut testamentum, art. 726. Pariter descendentes indigni retinent ius ad legitimam, quae spectaret ad reiectum, art. 765.

Filii testatoris nati extra matrimonium, quorum non admittitur legalis recognitio, possunt tantum consequi alimenta, art. 768.

Communitates item seu Collegia, quae legitime non sunt probata, cum iuribus civilibus non gaudeant, nequeunt ex testamento accipere. Sequitur ex art. 2.

782. Ex iure Gallico, ait Gury §. 821. 2. coll. §. 804. 2. incapaces sunt 1° qui non erant concepti tempore mortis testatoris: 2° tutor respectu pupilli, ante redditam rationem administrationis, nisi sit ex ascendentibus: 3° filii adulterini et incestuosi, exceptis alimentis: 4° mortui civiliter, artt. 25. 338, 762. 906. seqq.

Tanquam indignos C. G. a successione repellit 1° qui damnatus fuerit eo quod defunctum occiderit aut tentaverit occidere: 2° qui crimen capitale intulerit defuncto, quod calumnia sit iudicatum: 3° maior, qui noscens homicidam defuncti, ipsum non detulerit ad iudicium, art. 727.

Unde resolves.

CCXXII. 1. Heredes institui possunt Professi Ordinum, quibus permissum est bona immobilia in communi possidere eorumque nomine Monasterium succedit. Tales autem sunt omnes fere Religiones, excepto Ordine Minorum de Observantia et Capuccinorum. Ratio est, quia illi sunt incapaces, secundum Trident. sess. 25. c. 3. uti et Professi Soc. Iesu. Vide Sanch. l. 6. c. 18. Bon. l. c. Laym. l. 3. t. 5. c. 15.; licet contrarium probabilius esse putet Wading. tr. *de Contr.* l. 1. dub. 4. §. 4. Vide Dian. p. 9. t. 9. r. 16.

CCXXIII. 2. Collegia Soc. IESU, et Domus etiam Professae hereditates accipere possunt, modo bona immobilia, quae communi usui et habitationi non deserviant, vendantur et non deferantur intuitu professi aut vota formata habentis.

Dixi, *hereditates,* quia, sicut Minores et Capuccini legata et alia donata admittere possunt, ita etiam Soc. IESU; etsi intuitu alicuius professi tantum ea deferantur. Vide Laym. l. c.

783. Quae 2. loco habet A. omisit s. Alphonsus. Quae in 1. resp. continentur, ex doctrina relata resp. 2. colligit A., quatenus, cum illi soli esse heredes nequeant qui iure prohibentur; professi autem non prohibeatur: sequitur eos posse institui heredes. Et sane in l. *Deo nobis* C. *de Episcopis et Clericis* statuitur monachis filiis partem suam relinquendam esse a parentibus atque eosdem ab intestato succedere, nullo impedimento inde oborto, quod religionem professi fuerint. Professi ergo tales sunt, ut heredes institui possint. Atque id Ecclesia recepit. Occurrit tamen aliqua limitatio cum in modo, quo hi possunt hereditatem obtinere, tum (quod ex eo consequitur) quoad aliquos ordines religiosos. Haec porro spectant ad ius canonicum.

784. Itaque 1° Monasteria, Conventus, domus eorum ordinum, quibus concessum est dominium habere in communi bonorum immobilium, possunt institui heredes atque in hac re nulla est difficultas; est enim acceptio hereditatis legitimus modus ea bona acquirendi.

2° Professi in his iisdem ordinibus possunt singuli pariter institui heredes; sed eorum nomine succedit monasterium. Prior pars iam probata est. Altera constat ex authentica *Ingressi* C. *De Sacross. Eccl.* et Auth. *de ss. Episcopis* cap. *Si qua mulier:* quarum legum dispositionem Ecclesia probavit hancque approbationem supponit Gregorius Papa, relatus in Decreto c. *Quia ingredientibus* caus. 19. q. 3. inquiens: « Quia ingredientibus monasterium, convertendi gratia, ulterius nulla sit testandi licentia, sed res eorum eiusdem monasterii iuris fiant, aperta legis definitione decretum est ».

Si ergo quaeritur, quo iure monasterium nomine professi succedit, dicendum est: iure canonico, quod legem civilem Iustiniani (nimium saepe falcem mittentis in messem alienam) adoptavit.

Nec sane arbitramur id esse solum ex favore, quem a seculari potestate acceperit Ecclesia; nam haec, sua ipsa auctoritate, propter bonum religionis, potest in huiusmodi temporalibus rebus ea statuere, quae a civili quoque potestate sint servanda. Nihil ergo refert leges Iustiniani modo non vigere neque opus est disputare, an beneficium olim a civili potestate collatum Ecclesiae atque ab hac acceptatum, possit aliquando ab illa, absque huius consensu, revocari. Quia vero Ecclesia hoc ius religiosorum ordinum remittere potest, videndum erit in singulis locis, quis mos vel ex legitima consuetudine vel ex concordatis vigeat, an, quemad-

modum olim in Galliis, repellantur monasteria a successione in bonis professorum.

Professus itaque hereditatem ita obtinet, ut statim ius eius hereditatis transeat ad monasterium, in quo professus degit. Necesse est ergo, ut dum defertur hereditas (defertur hereditas aut testamento aut lege ab intestato), monachus vivat; quia antequam decedat is, cui succedendum est, nullum est ius capiendae hereditatis; viventis enim non est hereditas: sed sola spes, quae evanescit, semel ac per mortem desinit professus esse filius monasterii. Sanchez. l. 7. c. 12. n. 2.

785. Quaeritur autem quo pacto monasterium succedat loco professi: succeditne iure hereditario, tanquam heres, an alio iure? Communis et vera DD. sententia est, ait Sanchez l. c. n. 21., non iure hereditario succedere monasterium, sed iure acquisitionis naturalis, quae est accessoria personae illi, quae monasterio acquisita est. Ita et Schmalzgrueber tom. 3. p. 3. tit. 27. n. 73. Sane id colligitur ex Authentica citata, ubi Religiosus dicitur *ipso ingressu* (ipso facto nempe, quod ingreditur) *se suaque dedicare Deo.* Item in Authentica *de Monachis* c. 5. dicitur: « ingredientem simul sequuntur omnino res, licet non expressim, qui introduxerit eas, dixerit et non erit dominus earum ulterius ullo modo ». Quae verba denotant acquisitionem monasterio fieri *per quandam sequelam* personae acquisitae et ipso iure.

Unde cum proprium sit successionis universalis accessoriae ad personam, ut non solum dominium sed et possessio, absque traditione, acquiratur bonorum, quae cum persona transferuntur, ut patet in bonis arrogati, quae per arrogationem transferuntur cum persona arrogata in arrogantem (cf. Vinnium Inst. l. 3. tit. 11. §. 1.); infertur monasterium bonorum omnium, quae professus tempore professionis habet, non solum dominium sed et possessionem statim obtinere. Cf. Sanchez l. c. nn. 23. 28.

786. His autem positis, sponte oritur quaestio, an ut res acquiratur monasterio, opus sit, ut monachus ipse hereditatem adeat (declaret nempe se eam acceptare) et sic monasterio per ipsum ea acquiratur, an nulla monachi aditione opus sit et monasterium solum possit adire, inscio quoque religioso. Ex altera enim parte videtur necessaria aditio monachi; quia reapse ipse est heres (cf. n. 783.) et per eum monasterium acquirit: ex altera parte non videtur necessaria aditio monachi; quia iam omnia iura eius, statim ac subsistunt, transferuntur in monasterium ipsumque ius succedendi nec ipsi monacho superest amplius capacitas acquirendi. Opus esse aditione monachi censent generatim legistae: e contrario cum pluribus canonistis non opus esse aditione monachi censet Sanchez ut probabilius l. c. n. 36. atque Schmalzg. l. c. nn. 77. 78. quem confer sis et hanc sententiam Lugo disp. 3. n. 96. vocat communem. In praxi

enim videtur haec quaestio parum referre: nisi si statim ac delata est hereditas, antequam adeatur, monachus moriatur. Nam hoc singulari casu excepto, potest sane monachus adire cum licentia praelati, quae certe, cum opus sit, non negabitur.

787. Quaeritur an professus possit, absque licentia praelati, repudiare hereditatem. Profecto, antequam testator moriatur, rogare ipsum poterit monachus, absque praelati licentia, ne sibi hereditas relinquatur; licet in hac re contra caritatem peccare possit, si nullam causam habeat id rogandi. At defuncto testatore, cum iam monasterio ius sit acquisitum, renuntiatio professi, absque licentia praelati, et illicita et invalida foret.

Si autem huiusmodi religiosi ad Episcopatum promoveantur, capaces ita sunt hereditariae successionis in bonis sibi ad utilitatem suae Ecclesiae delatis, ut administratio quidem bonorum et commodum ad eos spectet, dominium vero Ecclesiae, cui praesunt. Laymann. l. c. n. 8. Atque ita respondit s. C. Conc. ann. 1639. 16. dec. cf. *Acta s. Sedis*. V. 1. p. 227. nota.

788. Atque haec dicta sint de iis ordinibus religiosis, qui bona immobilia in communi possidere possunt. Huiusmodi sunt omnes ordines, exceptis Minoribus de observantia et Cappuccinis, iuxta ius novum a Trid. introductum sess. 25. c. 3. de Regularibus, ubi facultas fit « omnibus monasteriis et domibus tam virorum quam mulierum et mendicantium, exceptis domibus fratrum s. Francisci, Cappuccinorum et eorum, qui Minores de Observantia vocantur, etiam quibus aut ex constitutionibus suis erat prohibitum aut ex privilegio Apostolico non erat concessum, ut deinceps bona immobilia eis possidere liceat ».

Domus ergo Minorum de Observantia et Cappuccinorum nequeunt institui heredes, neque earum professi et horum nomine ipsae domus. De re quidem nemo dubitat: « ratio autem huius regulae, ait Laymann l. c. c. 5. n. 2., cur ordines, qui bona immobilia ac reditus stabiles possidere non possunt, incapaces sint hereditariae successionis ratione professorum suorum, haec esse videtur; quia hoc ipsum magnum et stabile quoddam ius esse videtur, succedendi in bonis omnibus professorum suorum nec non in omnibus hereditatibus, quae sive ex testamento sive ab intestato deferantur: quare hoc ius successionis competere non debet iis ordinibus, qui etiam in communi bona ac iura immobilia possidere nequeunt ».

789. Peculiare est quid in Societate Iesu. 1. Collegia et domus probationis possunt bona immobilia et reditus stabiles possidere: domus professae bona immobilia et quidem ea tantum quae professorum habitationi et usui inserviant.

2. Hinc collegia et domus probationis tum domus professae institui possunt heredes, cum hoc tamen discrimine, ut si in hereditate domui

professae relicta contineantur bona immobilia, quae eorum usui ac habitationi non inserviant, vendi debeant, quia possideri ab ea non possunt.

3. Nec professi aut coadiutores formati institui possunt heredes nec collegia aut domus probationis multoque minus domus professae possunt succedere in qualibet hereditate, ratione alicuius professi aut coadiutoris formati (quae nempe deferatur post vota ab iis emissa).

Si tamen professus aut coadiutor formatus institueretur heres intuitu ipsius Societatis, ita ut principaliter ipsa Societas seu collegium, domus probationis aut professa, instituta videatur, dicendum est institutionem valere; nam Societas heres esse potest et ipsi reapse defertur hereditas. Porro in dubio, an principaliter intuitu Societatis hereditas relicta sit, id praesumendum erit, ait Laymann, si testator sciebat, professum per se non posse valide institui; quia oportet interpretari dispositionem potius ut valeat, quam ut pereat. Cf. Constitutiones Societatis vel Auctores de hac re loquentes ut Sanchez *Decal.* h. 7. c. 27., Laymann. l. c. c. 5. n. 3. seqq.

Privilegium est speciale pro Belgio. Anno 1820. s. Poenitentiaria hoc edidit decretum. « S. Poenitentiaria intelligens velle omnino Gubernium, ut vetus illud decretum diei 18. Febr. 1809. (decretum respiciebat congregationes quasdam feminarum et art. 9. decernebat: Chaque hospitaliere conservera l'entière propriété de ses biens et revenus et le droit de les administrer et d'en disposer conformément au Code Napoleon) a Regularibus regni Belgii observetur, quo proprietas, possessio et administratio bonorum, quae ad eos pervenerunt, singulis religiosis vel monialibus vindicetur: concedit de expressa auctoritate Apostolica regularibus utriusque sexus iam sollemniter professis, ut ea bona acquirere, retinere et administrare deque iis in pios honestosque usus disponere possint, non obstante paupertatis voto; dummodo cum debita a superioribus legitimis dependentia hoc faciant ».

Porro interroganti Card. Archiepisc. Mechliniensi Victori Augusto, an hoc decretum s. Cong. adhuc in suo robore permaneat, « S. D. N. Leo div. provid. Papa XIII. per s. Congr. Neg. eccl. extr. respondendum esse mandavit: Affirmative ac praesentium tenore declarare dignatus est, quatenus opus sit, omnes singulosque Belgii Regulares utriusque sexus, etiam qui vota sollemnia nuncuparunt praedictos omnes actus valide ac licite exercuisse et exercere ac proinde potuisse ac posse tuta conscientia etiam cum iureiurando asserere, se voluisse, ad normam legum civilium, verum dominium bonorum a se possessorum acquirere, una cum iure de iis disponendi. Super quibus Sanctitas sua mandavit hoc edi decretum et in acta superius memoratae Congregationis referri. Contrariis quibuscumque minime obfuturis ». 31. Iulii. 1878.

Subdimus heic facultatem factam a Pio IX. per organum s. Poenitentiariae, Regularibus vi, per suppressionis legem in Italia, eiectis e suis sedibus, 18. April. 1867. Sic enim inter alias facultates eis concessas, dicitur n. 17. « Facultatem concedit locorum Ordinariis quoad Moniales et Superioribus generalibus quoad Viros Regulares, indulgendi (facultas ergo est ab iis petenda) sive per se sive per idoneas personas ab eis subdelegandas respective subditis in Italia suppressis, ut attentis peculiaribus circumstantiis iisque perdurantibus, non obstante sollemni paupertatis voto, bona sibi legitimo iure spectantia ac etiam hereditates (salvo tamen iure tertii quaesito) recipere, adire ac retinere deque iis nedum contractus inire, sed etiam in pios honestosque usus ac praesertim in favorem sui Ordinis aut Instituti nec non in grati animi significationem, per actus sive inter vivos sive causa mortis (actus causa mortis est etiam testamentum), disponere valeant, accedente ipsius Ordinarii aut Superioris vel alterius per eum deputati aut saltem in casu necessitatis, confessarii consilio et approbatione: ita tamen, ut rerum suarum administrationem ac reditus, quandiu vixerint in communitate, quae temporalia bona possidere possit, eidem communitati tradere et quidquid ex bonis propriae Religionis eisdem provenerit, ipsi Religioni, adhibitis cautelis, relinquere teneantur. Quod si communitas sit ex iis, quibus possessio bonorum temporalium permissa non sit, administrationem hoc in casu committant alicui tertiae personae, ita ut absque licentia Ordinarii aut Superioris Regularium, nihil de fructibus sibi applicare aut quocumque modo disponere possint ».

Porro adverte eandem s. Congr. 21. Maii. 1880. hoc edidisse responsum. « Declarat eadem s. Poenitentiaria mentem suam in concedenda facultate expressa n. 17. Instructionis sub die 18. Apr. 1867. datae, nullatenus fuisse, ut per superiores generales Ordinum regularium subditis in Italia suppressis indulgeri valeat proprietas seu dominium bonorum, quacumque ratione sibi obvenientium, quae iidem Regulares, ratione sollemnis professionis, non sibi, sed monasterio seu Ordini acquirunt ».

Adverte hactenus locutos nos esse de hereditate: quod spectat ad legata, suo loco dicendum erit.

CCXXIV. 3. Testator potest quemvis extraneum instituere heredem, nulla facta mentione consanguineorum collateralium, etiam fratris pauperis, dummodo absit scandalum et gravis necessitas illorum; quia nullo iure prohibetur et bona sunt ipsius, de quibus disponit libere. Bon. et alii 5. Dian. p. 1. t. 8. r. 83. et 85. Item p. 5. t. 3. r. 141.

790. Supponitur heredes suos aut necessarios non adesse, qui nequeunt praeteriri et quaestio est non de validitate, quae certa est, sed de liceitate. Dummodo conditiones adsint positae ab A., licebit utique, praeteritis con-

sanguineis non necessariis, instituere extraneum. A. dicit consanguineos collaterales, cuius rei ratio petenda ex seqq. Cf. tamen n. 797.

791. Quaerit s. Alphonsus an testator teneatur sub gravi obligatione relinquere bona cognatis, qui non sint heredes necessarii, si ipsi graviter indigeant. Loquendo de fratribus et sororibus, censet s. Doctor, relinquendum iis esse, saltem quantum sufficit ad sublevandam ipsorum indigentiam, iuxta praeceptum caritatis « et cum haec sit materia gravis, non videmus, ait, qua ratione possit negari, quod caritas ad hoc graviter obliget ». Nisi tamen, puto, praevideretur nihil profuturum subsidium; quia e. gr. frater vitiis deditus omnia esset in tabernis aut ludis absumpturus. Imo subdit, non solam obligationem caritatis, sed specialem pietatis heic intercedere, quam habemus erga fratres « et propter quam certum est, laesionem in fratres habere specialem malitiam in confessione explicandam, ut communiter dicunt DD. cum Lugo *de Poenit.* disp. 16. n. 305. ». Unde concludit, quod vinculum pietatis graviter obligans ad non laedendos fratres, idem obligat etiam sub gravi ad subveniendum eis in gravi necessitate prae omnibus aliis pauperibus aut operibus piis.

Quoad ceteros vero consanguineos remotiores, affirmat cum sententia communi, peccata contra ipsos speciem non mutare et proinde non adesse gravem obligationem praeferendi eos aliis pauperibus, in eadem, puto, gravi necessitate versantibus. Cf. V. 2. *de Caritatis Praeceptis* nn. 112. 122.

Articulus II.

De heredis institutione.

CCXXV. Quaeres 1. Quae sit divisio heredum?

Resp. Heres alius est ex testamento, alius ab intestato. Heres ex testamento, vel est universalis sive ex asse; vel partialis seu ex parte tantum, v. gr. ex triente, vel dodrante, vel quadrante. Uterque horum vel est heres necessarius, qui necessario institui debet, ut sunt omnes in recta linea descendentes et post hos ascendentes, nisi sit causa iusta exheredandi: vel non necessarius, quem testator potest instituere et non tamen cogitur. Laym. c. 5. n. 9.

792. Brevior est heic A. quam oporteat. Agendum primo de herede ex testamento. Heres est qui defuncto succedit non solum in bonis sed et in iuribus atque obligationibus, ut idcirco defuncti personam repraesentet in omnibus, quae personae non cohaerent. l. 22. Dig. *de Usurpationibus* etc. « Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae (defuncti) tamen vice funguntur » et Authentica *de Iureiurando a moriente praestito* in praef. « Utique nostris videtur legibus, unam quodammodo esse personam heredis et eius, qui in eum transmittit hereditatem ». « Nihil aliud est hereditas, quam successio in universum ius,

quod defunctus habuit »: ita Caius l. 24. Dig. *de Verb. signif.* Cf. l. 8. §. 3. Dig. *de Liber. leg.*

Habita ratione rerum, heres duplex distinguitur: *universalis* et *particularis*. Heres universalis est, qui vel ex asse heres est et totaliter personam defuncti repraesentat, vel qui solus heres est institutus licet ex parte puta triente, vel solus adit hereditatem; nam cum non possit quis partim testatus, partim intestatus decedere, reliqua pars nemini attributa illi accrescit et fit heres ex asse ac totaliter personam defuncti repraesentat. Inst. l. 2. tit. 14. §. 5. l. *Pater suus* C. *De Heredibus instituendis.*

Heres particularis est, qui in parte assis heres instituitur et respective quoad partem repraesentat defunctum. Nullius limes a iure ponitur multitudini heredum particularium Inst. tit. cit. §. 4. Hereditas a Romanis *as* dicebatur, as in duodecim uncias dividebatur, sed testatori in plures vel pauciores partes totum assem dividere licebat.

Ut verus heres habeatur ille, qui in parte instituitur, debet institui in aliquota parte assis, puta triente, quincunce etc. Si in aliqua re determinata instituitur, puta, in gregibus, pecunia, censu, fundo, censetur potius legatarius, qui personam defuncti non repraesentat: nisi aliae adsint conditiones, puta quod nullus alius sit institutus heres, aut qui institutus est non potuerit aut noluerit hereditatem adire. l. *Quotiens* C. *de heredibus instituendis* et cf. Molina disp. 155. aliosve; nam in his immorari non libet.

793. Meminimus principii romani iuris; *idem nequit ex parte testatus, ex parte intestatus decedere,* quod quidem in testamento paganorum (cetera testamenta praeter militum, vocabantur paganorum seu pagana Inst. l. 2. tit. 11. ab init. et l. 7. *de Regulis iuris*) valet, non in testamento militum. Haec est arbitraria dispositio iuris (cf. Vinnium ad tit. 14. §. 5. h. 2.); nam si rem per se spectes, quid prohibet aliquem relinquere partem hereditatis Caio et reliquam ab iis accipi, qui succederent ab intestato? Id romano iure non recipitur: ne ergo quis partim testatus, partim intestatus reperiretur decedere, si ab eo in parte quis heres institutus fuisset et nullus alius institutus esset heres, reliqua pars illius parti accrescebat, ut esset ex toto heres, non devolvebatur ad alios, qui ex lege potuissent succedere ab intestato.

Quid vero, si testator expresse iussisset, ne heres plus acciperet quam quod ei relictum erat? Non una erat sententia DD., aliis opinantibus servandam esse legem, aliis, voluntatem testatoris. Molina censuit, quod si testator ignorabat legem: neminem posse simul testatum et intestatum decedere, servanda esset voluntas testatoris: si vero non ignorabat, potuisse in poenam, totam eius hereditatem, contra eius voluntatem, attribui heredi partiali. Cf. Lug. disp. 24. n. 139.

794. Heres institui potest vel *pure* vel *sub conditione* Inst. l. 2. tit. 14. §. 9. Sub conditione instituitur, si e. gr. dicatur: Silvius heres esto, si lauream doctoratus meruerit. Si conditionis eventus exstiterit, institutio retrotrahitur ad diem mortis et perinde habetur ac si pure facta fuisset; si defecerit conditio, institutio nulla est et defertur hereditas ab intestato l. 13. *de Conditionibus Institutionum* Dig. Cf. dicenda de Legatis. n. 821.

Porro si conditio sit negativa, posita scilicet in non faciendo: ut *heres meus esto, si Capitolium non ascenderis*, non exspectatur usque ad mortem heredis eventus: sed statim is adit hereditatem, cautione (quae Mutiana dicitur) praestita, quod nunquam faciat l. *Mutianae* Dig. *de Conditionibus et demonstrationibus:* si autem faciat, reddat quod accepit et fructus perceptos. l. *Cum filius* §. 7. Dig. *de Legatis* 2. Ita et C. It. art. 855.

Potest heres institui *sub modo* h. e. obligatione aliqua ei imposita, ut aliquid faciat. Cf. de Contractibus sup. n. 23.

Nequit autem heres institui *ex certo tempore* e. gr. post quinquennium Silvius heres esto: aut *ad certum tempus* e. gr. usque ad quinquennium heres esto Inst. l. c. Si hoc pacto dies adiiciatur, non vitiatur quidem institutio, sed dies, tanquam vitiose adiectus, reiicitur et perinde est ac si institutio pure facta esset. Ratio prioris, est quia principium illud: non potest quis partim testatus, partim intestatus obire, valet etiam pro tempore, ut nequeat quis certo tempore carere herede, certo tempore illum habere: adiectio vero diei *ex certo tempore*, facit, ut usque ad illud tempus nihil debeatur nec retrotrahatur institutio, ut fit in conditione. Cf. *de Contractibus* n. 22. Ratio alterius est, quod ex iure heres perpetuus est seu qui heres est, semper est heres. Cf. Vinnium ad loc. cit. ex Inst.

795. Diximus heredem institui posse sub conditione: peculiare autem est testamento, quod conditio impossibilis adiecta institutioni heredis (idemque valet in legatis et fideicommissis) non vitiat testamentum, quemadmodum vitiat contractum, sed pro non adiecta habetur, ut testamentum perinde valeat ac si adiecta non fuisset. Sermo est de conditione absolute impossibili, non ex hypothesi, de ea scilicet, quae caret antecedente possibilitate: ut *si caelum digito tetigeris*. Cf. Lugo disp. 22. n. 345. Id in favorem ultimae voluntatis constitutum fuit, quam, cum amplius testator mutare non possit aut declarare, lex ita interpretatur, ut ea conditio, tanquam mendum ipsi imprudenti exciderit; serio enim agere, qui testatur, creditur. Congruit autem, ut cum amplius sua sensa nequeat testator explicare, accedat iuridica interpretatio.

Talis proinde dispositio innititur praesumptioni, quae duplex distinguitur. Nam 1. generatim praesumitur, testatorem putasse conditionem

esse possibilem, ita ut, si novisset eam esse impossibilem, non apposuisset. 2. Si forte novit esse illam impossibilem, praesumitur eam non adiecisse tanquam suspensivam exsecutionis, vel quia sciebat eam iure non valere vel quia saltem se legi conformare volebat.

Certe cum haec sit publica lex, quam omnes norunt vel nosse debent et quisque teneatur actus suos legitimos ad legis normam exigere: nulla iniuria fit testatori, si talis interpretatio eius ultimae voluntati adhibeatur. Cf. Lugo l. c. nn. 341.-346.

Quidquid ergo fuerit in animo testatoris, de qua re non quaeritur; dispositio huius legis, quae pro bono publico lata est, servari semper debet.

Adde, inter conditiones impossibiles et eas recenseri, quae sunt contra bonos mores et contra leges l. 9. Dig. *De conditionibus Institutionum* et l. 14. Dig. eod. tit.

Conditio tamen *non nubendi*, imposita viduae sive a coniuge sive etiam ab extraneo, non censetur esse contra bonos mores et valida est. Authentica *Cui relictum* C. *de Indicta viduitate tollenda*. Item probatur conditio imposita heredi aut legatario, ut cum certa persona nubat. Cf. Laymann *de Testam*. c. 10. n. 13.

796. Iure romano heredes alii *necessarii* erant, alii *extranei* seu *voluntarii*: necessarii autem alii *necessarii simpliciter*, alii *necessarii simul et sui*. Porro necessarii et voluntarii non ii intelliguntur, quos testator non potest vel potest libere praeterire, sed necessarii heredes sunt, qui nequeunt repudiare hereditatem et sive velint sive nolint, coguntur esse heredes: voluntarii sunt, qui hereditatem delatam repudiare possunt. Heres necessarius Romanis erat servus, non manumissus, quem dominus solebat instituere, cum creditoribus suis satisfacere nequiret: ut hoc pacto, post eius mortem, non ipsius bona, sed bona heredis a creditoribus possiderentur aut distraherentur aut inter eos dividerentur et sic domini honori consuleretur. Inst. l. 2. tit. 19. §. 1. et 3.

Heredes necessarii et sui erant filius, filia, nepos neptisve ex filio ac deinceps ceteri liberi, *qui in potestate patris aut avi essent, cum moreretur*. Sui dicebantur; quia domestici heredes erant et vivo quoque patre quodammodo domini (cf. Gal. IV. 1.) existimabantur: necessarii autem; quia, sive vellent sive nollent, tam ex testamento (cum instituerentur), quam ab intestato, heredes fiebant. Inst. l. c. §. 2. Iisdem tamen deinceps facta iure praetorio est potestas abstinendi ab hereditate, ut dicitur ibidem in fine. His heredibus exsistentibus, nunquam hereditas iacere dicebatur; quia statim a morte defuncti continuari dominium in suis censebatur. Cf. Vinnium ibid.

Heredes extranei seu voluntarii erant ceteri, qui in testatoris potestate non essent, cuiusmodi erant etiam liberi emancipati et servi manumissi

et qui a matre instituerentur heredes; quia feminae in potestate liberos non habebant, patria enim potestas matri non competebat. Ili non cogebantur acceptare hereditatem et pro his valebat principium : nullus heres, nisi velit. Inst. l. c. §. 3. et 5.

Nunc utimur alio iure et nulli sunt necessarii heredes iuxta hunc sensum Romanorum.

797. Qui vero apud nos dicuntur necessarii heredes et Romanis erant noti. Ii nempe, qui, si exheredati absque causa aut praeteriti fuissent, de inofficioso testamento querelam habere poterant. Inst. l. 2. tit. 18. Nam « inofficiosum testamentum dicere est allegare quare exheredari vel praeteriri non debuerit » l. 3. Dig. *de Inofficioso Testamento.* Porro heredes necessario a testatore instituendi primum erant filii utriusque sexus hisque deficientibus, si relicti essent, filii filiorum et generatim descendentes, neque cum filiis alii necessarii concurrebant. Authentica *In successione C. de suis et legitimis.* Inter filios autem accensendi sunt et adoptivi, quandiu in potestate sunt patris adoptantis. Inst. l. 2. tit. 13. §. 4. qui non sunt omnes adoptivi, sed adrogati ibid. l. 1. tit. 11. §§. 2. 3.

Duplex sane adoptio in iure Romano recensetur, vetus et perfecta, quae *adrogatio* vocabatur, qua homo sui iuris se in adoptionem dabat: altera a Iustiniano inducta et imperfecta, qua homo non sui iuris ab eo, in cuius potestate erat, alteri in adoptionem dabatur. Per adrogationem adoptatus transibat in familiam adoptantis eiusque potestatem et cognatus adoptanti, iure civili, fiebat eiusque liberis, tum adoptanti succedebat ex testamento, nedum ab intestato. Per simplicem adoptionem vero, adoptatus non transibat in potestatem adoptantis, sed manebat in potestate eius in cuius erat antea nec erat adoptantis heres necessarius ex testamento, sed solum ab intestato. Utraque solvebatur adoptati emancipatione, qua facta, omne ius adoptione quaesitum evanescebat et omnis cognatio, praeter quam cum adoptante, finiebatur. Cf. Inst. l. c. Sanchez *de Matr.* l. 7. disp. 63. nn. 1.-4. d'Annibale *Summula* ed. 3. v. 1. not. 34. sub n. 51.

Notant DD. adoptionem, quam modernae leges (ius Gall. et Ital.) admittunt, accedere proxime adoptioni imperfectae romani iuris: qua de re ubi de Matrimonio.

Deinde vero non exstantibus filiis, necessarii heredes erant ascendentes et quidem ita ut proximi excluderent remotiores. l. 15. Dig. *de Inoffic. Testam.* l. 17. C. tit. eod.

Deficientibus autem etiam ascendentibus, nulli erant alii heredes necessarii ex testamento, non uxor, non frater aut soror: quamvis frater et soror, non uterini sed consanguinei seu germani, de inofficioso testamento quaeri possent, si eis testator praetulisset heredem infamiae vel

turpitudinis vel levis notae macula adspersum l. 27. C. tit. eod. Cf. tit. eod. in Inst. §. 1.

Nepotes autem, cum loco eorum parentum succederent, non in capita sed in stirpes succedebant, unam nempe portionem accipientes, quae ad parentem eorum spectasset, quam inter se dividerent quotquot essent. Inst. l. 3. tit. 1. §. 6.

798. Ius erat patri filium exheredare, quod aliud est, ac simpliciter praeterire, causa tamen exheredationis indicata. Idcirco filius sive esset in potestate patris sive emancipatus, aut heres instituendus erat aut exheres faciendus: secus, si is tantum praeteritus esset, testamentum nullum erat. Inst. l. 2. tit 13. ab init. et §. 3.

Porro cum causae exheredationis, olim plurimae essent, Iustinianus Novella 115. c. 3. causas, propter quas descendentem licebat parenti exheredem facere, ad unam primum revocavit, nimirum ad ingratitudinem: quae quidem cum multiplex esse queat, intra quatuordecim casus ab Imperatore conclusa est, qui his versibus continentur (cf. Ferraris Bibl. v. *Exheredatio* n. 24.).

Bisseptem ex causis exheres filius esto.
Si patrem feriat, vel maledicat ei.
Carcere detrusum si negligat aut furiosum,
Criminis accuset vel paret insidias.
Si dederit damnum grave, si nec ab hoste redemit,
Testarique vetat, se societque malis.
Si mimos sequitur vitietque cubile parentum,
Si mutet fidem: filia si meretrix.

Hinc infert s. Alph. n. 949., non posse parentem exheredare filium nubentem cum indigna; quia in lege citata hic casus non continetur et ob solas causas ibidem enumeratas facultas fit parenti exheredandi filium. Sed haec conclusio non est certa. Nam possunt profecto alia aeque gravia vel graviora crimina occurrere et non est parens privandus auctoritate sua nec lex debet esse irrationalis, diversa statuens ubi eadem occurrat ratio.

Ultima conditio sic clarius prosa oratione proponitur a Iustiniano: Si alicui ex parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare et dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad 25. annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint, eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit eam in suum corpus peccare aut, sine consensu parentum, marito se, libero tamen, coniungere: hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari; quia non sua culpa, sed parentum, id commisisse cognoscitur ».

Item causas octo idem Imperator in ead. Novella c. 4. assignavit, propter quas descendenti liceret praeterire maiores, ob defectum pietatis, his versibus comprehensas.

Si pater accuset capitalis criminis aut se
Adiungat nurui vitaeque est insidiatus,
Testari prohibet natum matrique venenum
Praeparat, inclusum carcere vel furiosum
Negligat et veram contemnat Relligionem.

Etiam pro fratrum exclusione (licet haec valeant pro successione ab intestato; nam testamento opus non est eos scribere heredes, ut diximus) tres causas statuit Iustinianus Novella 22. c. 47., quae his versibus enunciantur.

Tres licet ob causas ingratum pellere fratrem:
Si fratri insidias perniciemque ferat.
Si scelera affingat ferroque focoque pianda,
Aut si fraternas perdere tentet opes.

Porro qui se inique exheredatum aut inique praeteritum putabat, *querelam* apud iudicem *de inofficioso testamento* movere poterat: quae querela erat reapse actio adversus heredem scriptum, qua impugnabatur testamentum et hereditas petebatur: ob reverentiam tamen sanguine iunctorum non actio sed *querela*, non de iniusto, sed de *inofficioso* testamento dicebatur. Cf. Inst. l. 2. tit. 18.

CCXXVI. Quaeres 2. Quantum haeredibus necessariis debeatur?

Respond. Iure novo legitimam portionem descendentium esse trientem hereditatis, si non sint plures, quam quatuor liberi: si plures, semissem. Similiter ascendentium portio, etsi unus tantum sit, est triens hereditatis idque absque ullo gravamine, modo et conditione; alioqui pro non appositis habentur. Quod si autem alicui ascendentium vel descendentiam portio legitima non relinquatur, competit ei actio ad petendum complementum, vel ad rescindendum testamentum, ut ipso iure nullum; maxime si causa idonea exheredationis non sit inserta et probata. Laym. c. 8. n. 10.

799. Portio relinquenda a parente seu patre seu matre descendentibus, iure novo, ut ait A. h. e. Iustiniani lege, quae vetus ius reformavit, *Novella* 18. c. 1. erat triens h. e. quatuor unciae seu tertia pars totius assis, si filios quatuor aut infra relinquebat: semissis vero, h. e. dimidium totius assis, si plures erant filii, quam quatuor. Huius portionis proprietas simul et ususfructus relinquendi erant. Authentica sub l. 6. C. *de Inofficioso testamento.*

Neque ullum gravamen aut onus licebat huic portioni legitimae imponere l. *Quoniam* C. *de Inofficioso Testam.*

Portio legitima ascendentium, deficientibus descendentibus, sive unus

esset, sive plures, erat triens, eodem pacto ac diximus de portione filiorum, relinquenda. Cf. Vinnium ad tit. 18. lib. 2. §. 3.

De reliquo pro suo arbitrio integrum erat testatori disponere.

Veterem porro differentiam inter filios et filias, quemadmodum etiam inter agnatos et cognatos, idem Imperator sustulit *Novella* 118. c. 4. « Nullam, ait, volumus esse differentiam in quacumque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi sive per feminae personam defuncto iungebantur: sed in omnibus successionibus, agnatorum cognatorumque differentiam vacare (nullam esse) praecipimus ».

800. Iam vero filii, quibus portio legitima debebatur, erant filii legitimi, ex iusto nempe matrimonio geniti vel legitimati et adoptivi seu adrogati: cf. n. 797. Praeter filios enim legitimos numerantur *illegitimi*, qui sunt naturales (quae appellatio accipienda est exclusive) quique dividuntur in mere naturales, qui et sine addito appellantur *naturales* et *spurios*. Qui nati sint ex parentibus solutis quidem, sed inter quos legitimum matrimonium tempore conceptionis aut nativitatis filii valide, etsi non licite, consistere poterat, ex iure saltem canonico communiter recepto, omnes sunt filii *naturales*: si vero inter parentes, tempore conceptionis et nativitatis, non potuisset, ob impedimentum dirimens, consistere matrimonium, *spurii* vocantur. Molina disp. 165. Inter hos recensentur, qui ex adulterio, incestu, sacrilegis nuptiis originem ducunt. Molina disp. 167. nn. 7.-8.

Filiis legitimis accensendi sunt etiam nati ex matrimonio invalido, si bona fide, alterius saltem parentis, censebatur validum atque in facie Ecclesiae contractum fuerit cc. *Pervenit et Ex tenore, Qui filii sint legitimi*. Cf. Lugo disp. 24. n. 86. Item proles infidelium, qui postea convertuntur, etsi ii coniuncti fuerint gradu lege canonica prohibito, legitima est. c. *Gaudemus*, eod. tit.

801. Porro filii naturales, per subsequens matrimonium legitimantur ipso iure c. *Conquestus, Qui filii sint legitimi;* spurii vero, etsi deinceps inter eorum parentes matrimonium legitimum exsistat, sublato impedimento, non hoc ipso legitimi evadunt c. *Tanta est*, eod. tit. At si in radice matrimonium sanetur, legitimi erunt (cf. dicenda *de Matrim.*). Legitimatio triplex erat: altera ab ipso iure atque est illa sola, quae fit per subsequens matrimonium, de qua diximus: eam non tantum ius canonicum sed et civile superioribus aetatibus admittebat. Cf. l. *Cum quis* C. *de Naturalibus liberis*. Altera est, quae fit per rescriptum Principis et duplex distingui potest: alia nimirum ad eas inhabilitates tollendas, quae iure civili statutae sunt et ad ius civile proprie spectant: alia ad eas tollendas inhabilitates, quas ius canonicum statuit sive in iis, in quibus habet di-

rectam potestatem, sive in quibus habet saltem indirectam. Illa prior legitimatio ad laicum Principem pertinet, haec ad ecclesiasticum. C. *Per venerabilem, Qui filii sint legitimi* Cf. Molina disp. 171. Tertia fiebat *per oblationem curiae,* de qua Iustinianus in Authent. *Quibus modis naturales efficiantur sui* c. 2.

802. His positis, si filii naturales soli essent, deficientibus filiis legitimis atque ascendentibus, ii omnia parentum bona accipere testamento poterant, (etsi non teneretur pater eos heredes instituere) ex lege Iustiniani, Authentica *Licet* C. *de Naturalibus liberis.* « Licet patri sine legitima prole seu parente, cui relinqui necesse est, decedenti, naturalibus totam substantiam suam vel inter vivos largiri, vel in testamento transmittere ».

Si autem aderant filii legitimi, poterat dari naturalibus eorumque matri simul solum una uncia seu duodecima pars bonorum, inter omnes dividenda una cum matre *Auth. de Triente et Semisse* c. 5.: eorum vero matri soli superstiti, solum uncia dimidiata. Authentica *Quibus modis naturales efficiantur sui* c. 12. §. 2.

Si aderant solum ascendentes, iis relicta portione debita, h. e. triente, in ceteris bonis naturales filios pater scribere poterat heredes l. *Licet* cit.

Et haec quidem cum agitur de patre; quod enim attinet ad matrem, filii eius naturales, non secus ac legitimi ex eius testamento accipere possunt et ascendentes excludunt, ut sint idcirco heredes necessarii l. *Si qua illustris* C. *ad Senatusconsultum Orfitianum.* Cf. Molina disp. 166. n. 10.

803. Spurii nihil a patre accipere poterant, ne alimenta quidem, l. *Si quis incesti* C. *de Incestis nuptiis* et Authentica *Quibus modis naturales efficiantur sui* c. 15. « Ex complexu *nefario* aut *incesto* seu *damnato* liberi nec naturales sint nominandi, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre ». Spurii sunt vel ex adulterio vel ex incestu nati, vel ex sacrilegis nuptiis, cum religiosa persona nempe aut rapta, vel ex ascendente et descendente, quae sunt *nuptiae nefariae.*

An spurios gignant omnes coniunctiones illegitimae, quae nimirum initae sunt intercedente aliquo impedimento dirimente e. g. publicae honestatis, diversitatis cultus? non convenit inter doctores. Cf. Molina disp. 167. n. 8.

Qui vero propter nefarium incestum aut damnatum coitum, nequeunt esse heredes patris, ii nec matris esse possunt. Ita Molina disp. 167. nn. 7.-9. Sed dubitat Lugo, dubitans de principio, cui ea sententia innititur, nimirum *filius incapax succedendi patri, est eo ipso incapax succedendi matri, nisi lege excipiatur:* quae quidem exceptio heic non habetur. Disp. 24. n. 119.

Legem tamen prohibentem ne parens vel alimenta relinqueret spuriis, sustulit ius canonicum, utpote rationi minus consentaneam c. *Cum ha-*

beret, de Eo, qui duxit in matrimonium etc. Et forte ita quoque lex civilis intelligenda erat, ut alimenta tunc a patre negarentur, cum proles sibi ipsi industria sua vel alia via prospicere potuisset. Secus enim nimis aperte pugnasset haec lex cum naturali iure. Cf. Molina disp. 168. n. 1. Porro alimentorum nomine veniunt, ait Lessius l. 2. c. 19. n. 69. et Molina l. c. nn. 3.-6., omnia, quae pro conditione personae sunt necessaria, victus, vestitus, habitatio, medicinae, etiam institutio (ita et C. it. art. 846.), quae praestanda sunt, ratione habita parentis et prolis.

Cum lex non loquatur nisi de filiis spuriis, hi poterant institui heredes ab avis aliisque ascendentibus. Cf. Molina disp. 167., n. 13. Lugo disp. 24. n. 115.

804. Itaque hac exsistente lege, quae irritat donationes et testamentarias dispositiones (exceptis alimentis) in favorem spuriorum, si spurius quid acceperit a parente, nequit retinere et restituere tenetur legitimis heredibus. Cf. Lug. disp. 24. nn. 101.-105.

805. Quemadmodum filii spurii excludebantur ab hereditate ascendentium, ita vicissim ascendentes ab eorum hereditate. Colligitur ex Authent. cit. *Quibus modis naturales efficiantur sui* c. 4. Cf. Molina disp. 167. n. 19.

Mater vero et fratres uterini sicut ab intestato poterant spurio succedere l. *Si spurius* Dig. *Unde cognati:* ita et testamento ab eo accipere poterant.

806. Quid si duo, habentes filios spurios, inter se paciscerentur: tu institues heredem filium meum spurium et ego instituam tuum? Re in pactum deducta et contractu inter parentes oneroso exsistente, uterque filius reipsa reciperet hereditatem a patre suo, qui emit eam ab alio: cum ergo nihil ex bonis patris habere possit spurius, haec pactio irrita foret. Lug. disp. 24. n. 107.

807. Circa ea, quae hactenus in hoc art. dicta sunt, ius novum Gallicum et Italicum ita se habent.

Heres seu legatarius universalis ille est, cui universitas bonorum a defuncto relicta est: universitas porro bonorum potest et pluribus legatariis relinqui.

Legatarius ex titulo universali ille est, cui relinquitur a testatore pars aliquota bonorum, ut dimidium, triens etc. aut relinquuntur omnia immobilia, aut omnia mobilia aut pars aliquota fixa sive omnium immobilium sive omnium mobilium.

Legatarius universalis et legatarius titulo universali suscipit debita et onera successionis, ratione habita portionis, quam accipit. C. Gallico artt. 1003. 1010. 1012. et 724. Uterque ergo est heres.

Haec duplex dispositio vocatur in C. It. dispositio ex titulo universali et tribuit qualitatem heredis. art. 760.

Ceterae dispositiones sunt ex titulo particulari et simplicis legatarii qualitatem conferunt. C. G. art. 1010. §. 1. C. It. art. 760. §. 1.

In iure Italico non repugnat, aliquem partim testatum, partim intestatum decedere; neque enim ius accrescendi quolibet in casu admittitur art. 883. idque conforme est iuri Gallico artt. 1044. 1045.

Dispositio testamentaria fieri potest sub conditione C. G. art. 1040. C. I. art. 848.

Conditiones vero impossibiles aut contra bonos mores, habentur ut non adiectae C. G. art. 900. C. It. art. 849. qui et reiicit conditiones adversas legibus, inter quas recenset conditionem impedientem primas et ulteriores nuptias; sed permittit conditionem status viduitatis a coniuge alteri impositam art. 850.

Conditio autem suspensiva tribuit heredi aut legatario ius ad suos heredes transmittendum, ante impletam quoque conditionem, dummodo impleatur. C. G. art. 1041. C. It. art. 854.

Si conditio est non faciendi aliquid, cautio ab herede praestanda exigitur a Cod. Ital. art. 855. quemadmodum a iure romano (n. 794.). Idque valet pro hereditate et pro legato.

Diei appositi institutioni heredis, a quo die debeat ipsa incipere aut cessare, nulla ratio habetur. C. It. art. 851.

808. Heredes, quos oportet testatorem instituere, 1. sunt descendentes: 2. in eorum defectu, ascendentes. Si utrique desunt, integrum est testatori de omni re sua pro arbitrio disponere C. G. art. 916. C. It. art. 809., salvo iure coniugis superstitis ad certam partem ususfructus relictorum bonorum C. It. art. 812.-814. Descendentes autem sunt filii legitimi aut legitimati, adoptivi eorumque descendentes C. It. art. 806.

Descendentes filiorum iure repraesentationis succedunt, si cum filiis concurrant et tum quotquot sint, portionem eam inter se divisibilem accipiunt, quae eorum parenti competebat hoc est succedunt in stirpes: si autem nullus supersit filius, singulis ex aequo testator bona sua distribuere potest, iuxta ius sibi concessum et ipsi succedunt in capita. C. G. art. 739.-745.

809. Ex iure G. portio legitima filiorum, si filius unus sit, est dimidium bonorum, si duo filii, duae tertiae partes, si tres aut plures, tria quadrantia art. 913. In It. iure portio legitima est dimidium bonorum, quicumque sit numerus filiorum art. 805. Maior idcirco libertas parenti permittitur circa bona sua.

In iure Gallico portio legitima ascendentium, est dimidium bonorum,

si exstant ascendentes in utraque linea: est quadrans, si in una linea tantum sit ascendens art. 915.

In iure It. portio legitima ascendentium est tertia pars divisibilis inter patrem et matrem et, alterutro ex his deficiente, superstiti conferenda: ambobus deficientibus, dividenda inter ascendentes lineae paternae et lineae maternae, dummodo eodem gradu constent, secus conferenda proximis alterutrius lineae art. 807.

Portio legitima relinquenda est absque ullo onere aut conditione C. It. art. 808.

810. In iure Gallico non computatur coniux inter heredes necessarios ex testamento. In iure Italico coniux ius habet in hereditate coniugis defuncti ad usumfructum certae portionis, quae maior vel minor est, prout defunctus post se relinquit aut descendentes aut ascendentes solos aut neutros, art. 812.-814.

Porro filii naturales legitimati, ut diximus, cum legitimis computantur. Legitimantur autem subsequente coniugio C. G. art. 331. C. It. art. 194. qui addit legitimari quoque regali decreto ibid.

Filius naturalis, quin legitimetur, potest ab utroque parente vel alterutro recognosci per actum authenticum C. G. art. 334. C. It. art. 179.-181.

Filiis naturalibus legaliter non recognitis lex Gallica nullum ius concedit in bona parentum, recognitis nullum ius in bona eorum, qui cognati sunt parentum art. 756. ita et C. It. art. 749.

Porro spurii qui ex adulterio aut incestu nati sint, nequeunt legitimari nec a parentibus recognosci C. G. art. 331. 335. C. I. art. 180. 195.

Quid possint in utroque iure recipere ex testamento filii naturales recogniti, quidque ii, quorum recognitio non admittitur, cf. dicenda de successione ab intestato.

Articulus III.

De substitutione et fideicommisso.

811. Quemadmodum heres *institui* potest, ita et *substitui*. De substitutione plura in iure romano et nos iam aliquid indicavimus, ut omnes modos ultimarum voluntatum explicaremus. Generatim substitutio est *secunda heredis institutio;* sed multiplex est specie. Prima est *vulgaris,* qua directe et immediate alter heres priori substituitur hoc pacto: *Si Maevius heres non erit, sit heres Caius* atque plures hoc pacto alteri alterum atque tum uni plures, tum pluribus heredibus unum substituere licebat. Altera est *pupillaris,* cum pater instituto herede filio impubere, instituit quoque eius heredem, si forte filius heres non erit (qua in hypothesi, substitutio est proprie solummodo vulgaris) aut heres quidem erit,

at morietur antequam pubes fiat: haec erat proprie substitutio pupillaris. Formula talis erat: *Titius filius heres mihi esto. Et si filius mihi heres non erit, sive heres erit et prius moriatur quam pubes fiat, tum Seius heres esto.* Discrimen huius substitutionis a priori est in hoc, quod substitutus est heres pupilli et ideo a patre substituitur; quia pupillus testari nequit: ut idcirco ibi veluti sint duo testamenta, testamentum patris heredem sibi filium instituentis et testamentum filii sed filii nomine factum a patre instituente heredem filii. Hoc pacto substitutus pupillo, qui patri supervixit, non patris, sed pupilli heres erat.

Ad exemplum huius pupillaris substitutionis, pater pro filiis mentecaptis seu nepotibus etc. cuiuscumque sexus, licet puberes essent, institutis heredibus, alios substituebat, si mortui essent, antequam saperent. Haec dicebatur substitutio *exemplaris*, ad exemplum nempe pupillaris. Hanc substitutionem et mater facere potest.

Tandem est substitutio *fideicommissaria* (fideicommissum universale) indirecta et mediata, cum institutus heres rogatur, ut hereditatem vel partem eius alteri reddat. Sed et si heredem non institueret, rogare poterat moriturus heredem ab intestato, ut idem praestaret.

Item et is, cui restituebatur aliquid, nempe fideicommissarius, rogari poterat, ut rursus alteri restitueret et ita porro.

Hinc ea fideicommissa, quae relinquuntur cum obligatione ut in familia maneant ut a primogenito e. gr. ad primogenitum perveniant.

812. Ut ille, qui instituebatur heres cum onere restituendi alteri hereditatem aut partem, in qua esset institutus aut alterutrius portionem, frustra vel pene frustra heredis nomen non gereret et alliceretur ad adeundam hereditatem (nam secus, nec fideicommissarius poterat aliquid recipere; oportebat enim prius heredem rem sibi acquirere et postea alteri dare): ius heredi factum est, ex Senatusconsulto Trebelliano, ut ex eo, quod sibi est relictum et rogatus est vel totum vel ex parte restituere, quartam partem, *trebellianicam* dictam, sibi retineret. Quamvis autem is heredis nomen semper obtineret; nam qui semel heres, semper heres: nihilominus, restituta hereditate, obligationibus eius non amplius erat obnoxius, nisi quatenus parti sibi retentae respondebant et agentem repellebat *exceptione restitutae hereditatis* l. 1. Dig. §. 4. *ad Senatusconsultum trebellianum.* Haec omnia constant ex Inst. l. 2. titulis 15. 16. 23. ac titulis, qui eisdem in Cod. et Dig. respondent.

Filius autem aut descendens gravatus hereditatem aut partem eius acceptam restituere, praeter quartam trebellianicam, legitimam quoque suam portionem deducit, in qua gravari non potuit c. *Rainutius* et c. *Rainaldus, de Testamentis.* Idem et in ascendentibus locum habet et

generatim in heredibus necessariis, quibus certa portio relinquenda est. Cf. Molina disp. 187. n. 6.

813. Peculiarem legem pro fideicommissi probatione condidit Iustinianus, quae est lex ult. C. *de Fideicommissis;* qua, ut ipse in Inst. l. 2. tit. 23. §. 12. testatur, constituit: quod si testator fidei heredis commisit ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum (quod legato aequivalet) restituat et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur (l. 23. C. tit. cit.), possit res manifestari, sed vel pauciores vel nemo penitus testis intervenerit, tunc... si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando ita rem esse subsecutam; fideicommissarius deferre ei possit iuramentum et heres necesse habeat vel iurare se nihil tale a testatore audivisse vel recusans iurare, solvere fideicommissum, sive universale sive speciale, ne depereat ultima voluntas testatoris, fidei heredis commissa, ait Imperator. Quae est ratio huius legis: nam ab origine fideicommissa a fide heredum pendebant et fiduciae innitebantur.

814. Plura de his persequi non vacat; cum praesertim a nostris moribus pene universae substitutiones alienae sint. Sane iure Gallico substitutiones, praeter vulgares, vetitae sunt et quaelibet testamentaria dispositio, qua heres aut legatarius iubetur servare et reddere alteri, nulla esse edicitur art. 896. Excipiuntur eáe solummodo dispositiones, quibus parentes bona sua vel eorum partem uni aut pluribus ex suis filiis relinquunt, cum onere ut ii ipsi ea bona reddant descendentibus suis iam natis vel nascituris in primo tantum gradu. Eademque facultas fit fratri relinquendi bona, de quibus disponere potest, uni aut pluribus fratribus, cum onere reddendi eadem filiis suis natis aut nascituris in primo tantum gradu. Oportet autem in utroque casu ut dispositio sit in favorem omnium filiorum illius, cui onus imponitur, iam natorum aut nasciturorum, absque ulla exceptione aut praeferentia aetatis aut sexus, art. 897. 1048.-1050.

In iure Italico licet substitutio vulgaris ac licet uni substituere plures et pluribus unum. Si ex duplici hypothesi, quod nempe institutus non possit aut non velit hereditatem adire, unam tantum memorat testator, altera intelligitur tacite inclusa, nisi constet de contraria voluntate testatoris. Atque haec valent quoque in legatis art. 895. 896.

Quaelibet dispositio, qua heredi vel legatario imponitur onus, quaecumque sit formula adhibita, *servandi* et *restituendi* alteri, est substitutio fideicommissaria atque haec est vetita. Nullitas autem eius nullum infert praeiudicium institutioni heredis aut legati: sed substitutio quaelibet etiam in primo gradu caret effectu art. 899. 900. Duo ergo requiruntur ut sit fideicommissum vetitum: obligatio imposita heredi vel legatario

servandi ideoque non alienandi rem et obligatio rem servatam *restituendi* alteri, puta post mortem: nam quandiu vivit heres, servare debet.

815. Quaeritur an huiusmodi irritatio vim habeat in conscientia. Breviter respondemus, 1° non maiorem has leges vim habere, quam eae, quae ob defectum sollemnitatum irritant testamenta. 2° Imo minorem vim videntur habere; nam iustissimum quidem est, ut sollemnitates quaedam praescribantur pro valore testamenti: at non apparet ratio, cur, posito quod ultimis voluntatibus valorem inesse lex velit, auferatur adeo universaliter facultas substitutionum et fideicommissorum.

Nihilominus 3° lex per se iniusta dici nequit, si praesertim facultas testandi a publica sit auctoritate nec nova res est quoad fideicommissa; cum et ante Augustum romanae leges vim fideicommissis haud impertirent Inst. l. 2. tit. 23. §. 1.

816. In praxi advertendum censemus, 1° etsi obligatio fideicommissi imponatur sub formula conditionem exprimente, qua nempe conditione instituatur heres, reapse eam formulam habendam esse pro *modo* adiecto institutioni heredis. Nam conditio talis heic nequit habere locum. Etenim proprium est conditionis suspendere effectum, donec ea ponatur: suspendenda ergo esset aditio hereditatis donec fideicommissum heres vocatus exsequatur: atqui fideicommissum hic dare nequit, nisi iam sit heres: ergo. Erit ergo *modus* quidam institutionis (cf. dicta sup. *de Contractibus* nn. 22. 23.): quo in casu institutio est absoluta, qua statim dominium transfertur, cum obligatione implendi onus impositum; quod si non impleatur, dominium non amittitur, sed cogi semper potest sic institutus ad implendum. Cf. Sanchez *Consil.* l. 4. c. 3. d. 20. n. 9. 2° Distinguendum est, an is, cui fideicommissum relinquitur, cum testatore ipso egerit eique conferenti hoc pacto hereditatem, ut eam vel partem eius alteri restituat, libere promiserit se facturum, an solum ex testamento noverit se fideicommisso gravatum.

Obiicies contra 1^{m}: cur nequit testator dicere: nolo hunc esse heredem nisi reddat fideicommissum? Resp. Si vult ab eo dari fideicommissum, iam vult esse heredem: vel ergo haec clausula nihil operatur, quia contradictionem implicat, vel explicanda eo pacto, quo fieri potest, ut valeat, nempe ut sit modus.

Iam vero si pactum praecessit adimplendi modum adiectum: debet ille, propter promissionem, pactum implere: si tamen non impleat, non tenetur hereditatem restituere heredibus ab intestato: quia ipse est verus heres; sed obligationem semper retinet in conscientia solvendi fideicommissum.

Si nullum praecessit pactum, aliter dicendum videtur. Nam heic nulla obligatio est ex contractu aut promissione, quae non intercessit: adest

sola voluntas testatoris instituens heredem et imponens illi obligationem fideicommissi. Cum haec obligatio annulletur a lege, cuius iniustitia certa haud est: potest heres abstinere ab ea adimplenda et sibi tanquam heredi instituto retinere totam hereditatem. Sed et fideicommissarius pariter, si rem possidet, noscens voluntatem testatoris, licite eam sibi retinet, donec a iudice restituere cogatur: favendum est scilicet possessori, ut alias diximus in quaestione de sollemnitatibus testamenti.

Excipe, si fideicommissum sit in favorem causae piae: pro huiusmodi enim nullam habent vim leges civiles, sed ius naturale et canonicum servandum est.

817. Quaerit s. Alph. n. 932.: si pater instituat heredem amicum cum pacto, ut bona reddat spurio et heres acceptet, an iste teneatur reddere in conscientia. Agitur de spurio, cui secundum romanas leges, sicut non hereditas, ita nec legata nec fideicommissa relinqui possint; eo quod ipse sit incapax ea accipiendi et quidem propter bonos naturales mores fovendos seu ad amoliendas incestas nuptias et similes. Et ait tres esse sententias *probabiles:* quarum prima docet, in arbitrio heredis esse situm retinere et reddere; quia promissio contra legem non obligat et ipse vere est heres: supponitur scilicet obligatio adiecta ut modus. Hanc sententiam quae est Sanchez, Molina, Lessii, Vasquez, Diana, vocat Lugo disp. 24. n. 95. veriorem et communem. Quia etsi peccaverit, promittendo contra legem, non tamen est incapax acquirendi dominium hereditatis, cum absolute heres sit instituitus: aliunde vero, cum gravamen sit contra leges, non tenetur illud observare.

Secunda sententia, quam sibi probabiliorem dicit s. Doctor, docet debere heredem restituere bona heredi ab intestato: quia ex una parte non tenetur tradere spurio; quia id est contra leges: neque potest hereditatem tenere contra voluntatem testatoris, qui nunquam intentionem habuit, ut apud eum bona manerent.

Tertia sententia, quam merito, auctore s. Alph., non minus probabilem dicunt Salmanticenses, docet, heredem bene acquirere hereditatem, sed ex iustitia pacti initi, debere reddere spurio; quia promissio facta in pretium hereditatis promissae satis obligat heredem ex iustitia, postquam hereditas est tradita, maxime si ideo heres aliquam partem sibi acquisivit. Et monent, aliud esse, quod promissio sit contra legem, quemadmodum e. gr. promissio muneris pro copia corporis: aliud quod res promissa sive eius traditio sit contra legem, quod non semper contingit, etsi contra legem fuerit promissio; quemadmodum postquam meretrix corporis sui copiam fecit, non est contra, imo est secundum legem, munus promissum tradere.

Verum in nostro casu ubi agitur de spurio, ratione habita romani iuris, quod omnes hi doctores supponunt quodque spurium ipsum incapacem

facit recipiendi hereditatem et fideicommissa a patre, non sola promissio, sed et traditio rei, supposito etiam pacto, est nulla: quocirca argumentum Salmanticensium non concludit.

Prima sententia idcirco verior apparet, cum institutio heredis fuerit absoluta, ut ii quoque doctores supponunt. Cf. Sanchez l. c. Lugo l. c. n. 96.

Articulus IV.

De Legatis.

818. Legato aequiparavit Iustinianus fideicommissum particulare (692.) quoad vim et potestatem; quamvis adhuc ea differentia originalis manserit, quod legatum verbis imperativis, fideicommissum precariis relinquatur: illud immediate a testatore procedat ad legatarium, hoc mediate, mediante nempe herede, cui primum acquiritur. Cf. Vinnium in l. infr. cit. §§. 1. et 3. atque heic n. 188.

Legata et fideicommissa tum testamento tum codicillis dari possunt et cum nuncupative relinquuntur, nutu quoque exprimi possunt l. *Nutu* Dig. *de Legatis* 3.

Legatum eo differt ab hereditate, quod in re particulari et determinata situm sit et quod ab herede debeatur et ab eo illius possessio sit obtinenda. Inst. l. 2. tit. 20. §. 1.

Hinc ut obtineatur legatum, opus est ab herede primum adiri hereditatem l. *Nemo* Dig. *de testamentaria tutela.*

Excipitur tamen 1° si legatum sit ad causam piam: tunc enim sufficit ut manifesta sit defuncti voluntas ideoque heres quoque ab intestato, succedens loco designati heredis, debebit legatum. Excipitur 2° si testamentum, per clausulam codicillarem adiectam (690.), valeat saltem ut codicillus: hoc enim relinqui legata possunt solvenda ab herede ab intestato: idcirco et legata etiam profana tunc is debebit.

Quamvis legatarius possessionem legati consequi debeat ab herede, ita ut, si praeoccupet et sibi sua auctoritate usurpet, illud amittat, acquirendum heredi, cf. Molina disp. 194.: dominium tamen legati acquiritur legatario, fictione saltem iuris, a morte testatoris. Quo fit, ut fructus rei et incrementum eius iam inde huic debeantur et si legatarius moriatur ante aditam hereditatem ab herede, dominium ipsum rei, si res erat determinata vel saltem ius ad rem, si res erat minus determinata, transmittat legatarius ad suos heredes. Cf. Lug. disp. 24. nn. 238. 239.

Ita C. G. art. 1014. C. It. artt. 862. 863.

Legatarius rem particularem accipiens a testatore veluti quandam donationem (cf. n. 692.) non repraesentat eius personam, quod est proprium heredis, idcirco in eius iura et obligationes non succedit.

819. Huc redit essentia legati. Quaeritur quis et cui legare: quid, quomodo legari possit.

Legare potest quisquis potest testari, quisquis testamentum aut codicillum scribere aut nuncupare potest atque ii soli legare possunt l. 1. et 2. Dig. *de Legatis et Fideicommissis.*

Iis autem legare licet, qui heredes institui possunt: « legari iis solum potest, cum quibus testamenti factio est » ait Iustinianus Inst. tit. cit. §. 24.

Nihilominus ecclesiastico iure fit ut legari possit conventibus Fratrum minorum atque professis et coadiutoribus formatis Societatis Iesu, licet neutri possint institui heredes. Cf. Laymann *de Ultimis voluntatibus* c. 5. n. 5. Et sane, ut idem ibid. advertit, magnum est discrimen inter hereditatem et legatum, tum quia hereditas longe maius continet ius ac dominium, quam legatum; tum quia hereditas transfert onera et obligationes, propter quas plerumque in iudicio contendere oportet: secus autem legatum. Nihil porro refert quod identidem hereditas sit exigua et pingue legatum, ut idcirco nequeat professus Societatis acceptare hereditatem 50. aureorum, possit vero acceptare legatum 500000. aureorum; id enim est per accidens et de accidentibus non sumus solliciti.

820. Quod spectat ad ea, quae legari possunt: omissis iis, quae nullam habent difficultatem, illud peculiare est, quod non solum res sua sed et aliena etiam ea, quae esset ipsius heredis, legari possit, ita tamen ut legatum valeat, si testator sciebat rem esse alienam; secus, non valeat. In priore enim hypothesi iure praesumitur voluisse testatorem, ut res ab herede emeretur vel eius existimatio praestaretur: in altera vero, forte non legasset, si novisset rem esse alienam.

Quocirca in priori hypothesi tenetur heres rem ab eius domino emere et tradere legatario: si vero dominus nolit vendere aut carius quam par est, tenetur eius pretium seu existimationem illi tradere. Inst. tit. cit. §. 4. Ita et C. It. art. 837. dummodo testator in testamento expresserit se nosse rem esse alienam, qui tamen optionem relinquit heredi aut emendi rem alienam legatam aut iustum pretium solvendi. At C. G. legatum rei alienae utraque in hypothesi vult esse nullum art. 1021.

Porro ex tali dispositione legis romanae iudicare licet quaenam definitio legati praestet, Iustinianine an Florentini (n. 692.).

Cum ergo res quoque aliena legari possit, manere legatum potest, etsi rem legatam deinceps testator alienaverit, nisi constet alienationem eo animo factam esse ut adimeretur legatum. Inst. l. 2. tit. 20. §. 12.

Ea autem, quae ita aliena sunt, ut neque sint in commercio, veluti templa, basilicae, forum, legari nullo pacto possunt et invalidum est eorum legatum Inst. l. c.

Ceteras in hanc rem quaestiones cf. apud Lugo disp. cit. sect. 10.

An legatum, a debitore relictum creditori, censendum sit datum in compensationem debiti, si huius mentio non fiat, ex intentione legantis, quae argui possit, dignoscendum est. Quod spectat ad ius vetus cf. Lugo nn. 263.-265. Iure moderno G. art. 1023. It. art. 845. legatum tale, sine mentione debiti, non praesumitur factum in debiti solutionem. Sed recte, puto, praesumitur, velle quemvis prius suae obligationi satisfacere, quam dare gratis.

821. Legatum relinqui potest *pure, sub conditione, sub modo, in diem*. Si pure relinquitur, statim debetur. Si sub conditione, adverte triplicem distingui conditionem; alia est *potestativa pura*, quae videlicet tota est in potestate eius, cui imponitur: alia *casualis pura*, quae nullatenus est in eius potestate: tertia *mixta* ex utraque: ut si Titius uxorem duxerit Maeviam. Cum conditio suspendat dispositionem; si legatarius (idem dic de herede) moritur antequam conditio impleatur, legatum desinit nec eius ius transmittitur ad heredes legatarii (idem dic de hereditate), l. 8. Dig. *de Peric. et comm. rei vend.* Ita et C. It. art. 853. Attamen, quod spectat ad conditionem mixtam, si legatarius (et heres) pro virili sua parte fecerit quod in eius erat potestate et per alium, in cuius favorem conditio apposita fuit, steterit, quominus conditio impleretur, conditio habetur tanquam completa et quod relictum est, acquiritur legatario (et heredi) l. *Iure civili* Dig. *de Condit. et demonst.* etc. l. *Si ita* Dig. *de Conditionibus Institutionum.* Idem puto dicendum, etsi ille alius, per quem fit, ut conditio non impleatur, non is sit, in cuius commodum conditio apposita fuerit.

Quod diximus n. 794. de conditione negativa, valet et in legatis. Pariter heic valet quod diximus de conditionibus impossibilibus aut contra bonos mores et leges (n. 795.): qua in re adverte, quod si conditio non nubendi adiecta sit in favorem status religiosi, legatum valet; est enim secundum optimos mores nec lex civilis potest contra niti. Molina disp. 207. n. 6.

822. Modus, secus ac conditio, non suspendit dispositionem (cf. *de Contract.* n. 23.), sed statim legatum acquiritur legatario, sicut hereditas heredi, manente obligatione praestandi, quod iniunctum est: quocirca si post mortem testatoris legatarius, ante acceptum legatum vel ante impletum modum, moritur, ius eiusdem transit ad eius heredes; dummodo per eos aeque modus impleri possit Lug. n. 245.

Antequam vero tale legatum tradatur legatario, hic cautionem praestare debet quod oneri suo sit satisfacturus aut restituturus legatum, nisi fecerit. Quod quidem non est necessarium, cum onus est in solum commodum legatarii: ut lego Titio 10000. aureos, ut villam emat; quo in casu non praesumitur imposita obligatio, sed data potestas et modus accipitur

tanquam significans causam motivam, qua testator motus est ad legandum. Lug. n. 248.

Utrum vero legatum sub modo sit an sub conditione et an restituendum, si modus non servetur, ex formulis dignoscitur, ex ipsa re legata et persona, cui legatur aliisque sermonis adiunctis, unde pateat intentio testatoris, a qua pendet tandem, ut adiecta clausula conditio sit vel modus et hic sit sub obligatione restituendi. Sane si Ecclesiae aut causae piae relictum sit, etsi modus sit obligans, nisi testator aliud declaraverit, non censetur is voluisse, ut modo non servato, legatum revocetur; si tamen testator declarat se ita velle, profecto revocatur. Constat ex c. 4. *de Conditionibus appositis:* « Verum cum alicui ecclesiae possessio quaelibet, interposita conditione, donatur: a donatore donum postea revocari non potest, nisi forte tali sit conditione collatum, quod ea cessante debeat revocari ».

823. Potest, secus ac hereditas, legatum relinqui *in diem* vel tempus futurum solvendum, dicitur autem legari *in diem,* cum dies, qui designatur, certus est, e. gr. *post annum a morte testatoris.* Tunc non debetur quidem legatum aut eius fructus legatario ante eum diem: ius tamen hic ad illud habet, quod ius, si legatarius moritur ante diem statutum, ad suos transmittit heredes. Si vero dies est incerta, ut *cum presbyter fiat* (nam et fieri potest quod non fiat), adiectio *in diem* habetur ut conditio. Molina disp. 105. nn. 3. 4.

De errore, qui occurrat in appellatione legatarii, cf. dicta n. 750. Cf. etiam nn. seqq. Item quae, secuti A., praeoccupavimus de legatis nn. 748. 750. seqq.

824. Porro si res legata absque culpa heredis perierit, ideoque is non fuerit in mora, ea perit legatario. Inst. l. 2. tit. 20. §. 16. Ita et c. It. art. 893. et C. G. art. 1042. §. 1.

825. Ne testator largitione legatorum patrimonium suum profunderet et sic aut heres nomine tantum tenus esset, aut nemo vellet esse heres, lege Falcidia sub Augusto statutum est, ne legare plusquam dodrantem $\left(\frac{9}{12}\right)$ testator posset ideoque quarta pars hereditatis heredi maneret, qui idcirco, si legata excederent, eam ex illis posset deducere aut complere et si plures essent heredes in suis partibus constituti, singuli quartam partem suae portionis intactam haberent. Inst. l. 2. tit. 22. ab initio et §. 1. Haec est *quarta falcidia,* quae est detrahenda ab asse, postquam ab hoc sit deductum aes alienum et funeris impensa ibid. §. 3. Heres autem necessarius et suam legitimam prius deducet. Cf. n. 812.; idem est enim ius trabellianicae et falcidiae.

826. Excipitur a iure falcidiae duplex praecipue casus. 1° Si testator sciens suae hereditatis vires (in dubio autem scisse praesumitur), prohi-

buit detrahi falcidiam. Authentica *Cum testator C. ad legem Falcidiam.* 2° si legata sint pia. Authentica *de Ecclesiasticis titulis* c. 12. Excipe, nisi et heres sit causa pia; quia cum duo circa idem aequali gaudent privilegio, cessat utrinque privilegium et statur iuri communi. Molina disp. 213. n. 10. Alios casus exceptos vide apud eundem ibid. n. 11. seqq.

Adde falcidiam detrahi non solum a legatis, sed etiam a donationibus mortis causa. Cf. eundem ibid. n. 7.

Porro hoc beneficium iuris iis non confertur, qui, intra statutum tempus, inventarium patrimonii relicti confici non curarunt. Authentica *de Heredibus et Falcidia* c. 2.

827. De interpretatione et commutatione legatorum iam diximus cum A. n. 754. deinceps. Restant aliquae morales quaestiones, quas s. Alph. agit. n. 930.

Quaeritur an legatum, relictum puellis, ut nubant (h. e. ut nubere valeant), dari eis possit, quae religiosae fiunt. Praesupponendum principium propositum n. 754. 2. Si legatum relictum sit puellae determinatae, convenit inter omnes, dari ei posse, imo debere, propter Authenticam *de sanctissimis Episcopis* c. 37., quae ita disponit et merito quidem. Cum enim voluntas testatoris coarctata sit ad unam personam et legatum implendum sit meliori modo, quo fieri potest, illi, etsi religiosa fiat, potius quam alii, dandum est. Cf. et heic n. 150.

Si vero in genere relictum sit legatum puellis nupturis, an dari possit puellae ingressurae monasterium, disputant DD.: sententia tamen negans probabilior est s. Alphonso. Et sane etsi religio melius sit quam matrimonium et ideo melior sit, status habita ratione, illa, quae virginitatem Deo dicat, quam quae nubit: nemo tamen per se tenetur consulere melioribus, sed satis bene agit, qui consulit bonis et praeterea non una ratio esse potest et ea frequenter occurrit, cur potius provideatur mansuris in seculo, quam religionem amplectentibus. Cum ergo legatum, cum fieri potest, in specie implendum sit et heic possit optime impleri, sequitur non posse dari religiosae, quod nubentibus est destinatum. Illa vero lex, cum definite loquatur tantum de priore casu et sit quaedam derogatio iuri communi, non est extendenda ad diversum casum, de quo non loquitur. Nihilominus contrariam sententiam reprobare non audet s. Alphonsus: nititur autem ipsa cuidam argumento, quod ratiocinando ex Authentica citata colligere se putat Lessius l. 2. c. 18. n. 125.

Illud certum est, subsidia dotalia pro monialibus relicta, applicari posse puellis vota simplicia nuncupantibus in recentibus Institutis piis et religiosis votorum simplicium; dummodo Institutum fuerit approbatum a S. Sede ac vota perpetua emittantur et dummodo aliter a fundatore non

fuerit dispositum. Ita Pius IX. 12. nov. 1847. Cf. Lucidi *de Visitatione ss. Liminum*. V. 2. p. 324.

828. Quid vero si puella absque dote nupta est: potestne illi dari legatum relictum puellis, ut nubant? Si relictum sit puellae determinatae, idem dicendum ac in priore casu n. praeced.: item si relictum sit pro dotandis puellis pauperibus, poterit illi dari; quia sic in specie impletur legatum. At si intentio fuit testatoris consulere nupturis, ut ita a prostitutionis periculo arceantur, nequit illi dari, quae iam ab hoc periculo evasit; nisi hoc tantum pacto impleri possit legatum, eo quod ceterae desunt.

Legatum vero relictum feminis in matrimonium collocandis potestne dari viduis iterum nupturis? Curandum est primo, ut dignoscatur intentio testatoris: ceterum per se et istae sunt feminae in matrimonium collocandae: attamen ex usu loquendi, feminae collocandae intelligi solent primum nupturae.

829. Si relictum sit virginibus nubendis, potest ne accipi a virgine corrupta? Si violenter corrupta fuit, nulla est dubitatio: nam adhuc est vere virgo (Vol. 2. in 6^{m} Praecept. n. 138.). Si autem libere corrupta fuit, rursus affirmandum, si publica non sit corruptio. Neque enim censendus est testator voluisse, ut fastidiosa inquisitio fieret aut ut occulte corrupta se proderet, sed ut iis daretur, qui in communi existimatione virgines habentur; hanc enim normam tantum heres aut exsecutor testamenti sequi possunt: ergo. Quo posito, non video, cur non possit et illa corrupta petere; cum comprehendatur inter eas, quibus legatum destinatum est: at s. Alphonsus id censet probabilius negandum; quia verba testatoris servanda sunt in rigore, quantum fieri potest. Publica autem non est corruptio, quae innotescit paucis nec est in publicum proditura.

830. Legatum relictum puellae, ut non nubat, debetur ei etiamsi nubat: ea enim conditio irritatur a lege *Quoties* Dig. *de Condition. et demonst.* ecc. nec ius canonicum contradicit. Si vero illa conditio viduae imponatur, valet in iure romano, a quolibet imponatur, in iure ital. si a coniuge imponatur, ut iam notavimus nn. 795. et 807.

831. Tandem legatum relictum puellae, ut nubat, si ipsa ante nuptias moriatur, transit ne ad eius heredes? Ait Lugo n. 309., si testator intendit nuptias esse conditionem acquirendi legati, non acquiritur a puella nec ad eius heredes transit n. 821.: si nuptiae fuerunt finis, ut posset nubere, statim ab ea acquiritur ideoque ad eius heredes transit; quia dominium legati cum modo, statim a legatario acquiritur n. 822.

Cum autem ad heredes non transit, videndum erit, an relictum sit a testatore in bonum animae suae seu in causam piam, an non; etenim in priore hypothesi legatum implendum erit alio modo (nam legata pia

quatenus fieri potest semper implenda sunt, cum semper exstet ille, in cuius bonum principaliter facta sunt, h. e. anima testatoris), dabitur nempe legatum alteri puellae: secus, cum sit profanum, legatum caducum fiet. Haec sententia Lugo non satis clare a s. Alphonso proponitur n. 390. d. 8.

832. Quaerit Lugo disp. 20. n. 94., an heres gravatus aere alieno et accipiens hereditatem gravatam quoque aere alieno, possit in solutione debitorum, quam facit ex bonis hereditatis quae sua sunt, praeferre debita sua debitis hereditatis seu defuncti. Respondet autem negative n. 96. Ratio est, quia quatenus habet hereditatem seu heres est, repraesentat personam defuncti eademque obligatione ac ipse tenetur: porro defunctus prius tenetur satisfacere suis creditoribus, quam possit heredi relinquere bona ad eius arbitrium expendenda: ergo et heres, priusquam pro suis debitis solvendis utatur bonis sibi relictis, debet ex iis satisfacere creditoribus defuncti.

833. Tandem nota censeri tacite revocatum legatum, si capitales inimicitiae subortae sint inter testatorem et legatarium, nisi tamen contraria voluntas testatoris satis constet aut colligi possit; nam ea revocatio in praesumptione fundatur. Porro si in amicitiam redierint, reviviscit legatum. Item si legatarius testatori adhuc viventi irrogaverit iniuriam: quod cum eadem exceptione accipiendum est. Molina disp. 212. n. 3.

Articulus V.

De iure accrescendi.

834. Ius accrescendi, ait Vinnius Inst. l. 2. tit. 20. §. 8., illud est, quo deficientium heredum eiusdem hereditatis aut collegatariorum eiusdem rei portiones adiiciuntur iis, qui suam portionem agnoverunt. Pendet id, ut iam monuimus, ex eo principio, quod nemo testatus partim, partim intestatus decedere possit cf. n. 793.: unde et illud principium iuris: Nemo hereditatis eiusdem, quae alium heredem non habet, partem habere potest, partem repudiare l. 1. et 2. Dig. *de Acquir. hered.* Hinc qui ex aliqua parte heres exstitit, sive ex testamento sive ab intestato, si alii heredes deficiant, sive quia non possunt sive quia nolunt adire hereditatem, ipsi invito quoque et ignoranti portiones aliorum accrescunt, postquam partem suam quaesivit; non enim amplius ei licet partem suam repudiare l. 4. C. *de Rep. hered.*

Si autem plures sint, qui portionem suam agnoverint, portiones deficientium iis accrescunt, ratione habita quantitatis suae portionis. Cf. Vinnium ibid.

Iam vero hoc ius accrescendi et in legatis valet, non tamen semper.

Nimirum si pluribus eadem res legata est, dividenda in singulos, deficientium portiones accrescunt ei vel illis, qui acceptarunt: si singulae res singulis legatae sunt, deficientium portiones non aliis legatariis sed heredi accrescunt. Cf. Lug. n. 297. Quando autem portio accrescit, non accrescit, ut plurimum, legatario invito, quemadmodum heredi, sed volenti, aut si invito accrescit, non accrescit cum onere ei portioni adiuncto. Cf. Vinnium ibid.

835. Ius accrescendi et leges modernae agnoscunt. Ita in C. Ital. ius accrescendi locum habet inter coheredes, quando in eodem testamento, una eademque dispositione fuerint coniunctim ad hereditatem vocati, quin testator inter eos partes distribuerit. Haec vero distributio partium tunc tantum facta intelligitur, cum testator expresse indicaverit *quotam* singulorum. Si simpliciter dixerit: *per partes aequas* aut *in portionibus aequalibus*, non excluditur ius accrescendi, per quod portio deficientis, eo quod renuntiaverit, aut quia est incapax, devolvitur coheredi artt. 879. 880. 881.

Cum locum habere nequit ius accrescendi inter coheredes, portio deficientis heredis devolvitur heredibus legitimis ab intestato art. 883.

Eodem pacto, quo inter coheredes, viget ius accrescendi inter collegatarios, cum aliquis ex his praemoriatur testatori aut renuntiet legato aut incapax sit aut deficiat conditio, sub qua ei res legata est. Imo ius accrescendi obtinet quoad legata, cum res eadem pluribus in eodem testamento legata est, etsi distincta dispositione, art. 884.: secus portio deficentis legatarii accrescit heredi art. 886.

Heredes et legatarii recipientes portiones aliorum, subeunt quoque obligationes et onera iis adnexa artt. 882. 887.

In iure G. ius accrescendi habetur inter legatarios (et heredes vocantur legatarii), quando legatum pluribus coniunctim relictum sit art. 1044.

Articulus VI.

De testamentorum infirmatione.

CCXXVII. His adde 1. Rumpi testamentum ob postumi praeteritionem. 2. Peccare parentes, si absque iusta causa ex inordinato affectu erga liberos successionis inaequalitatem inter eos instituant. Iustae autem causae huius inaequalitatis erunt merita et obsequia maiora: si pusilli magno sumptu in studiis ali debeant: siqui plus egere videantur. Dian p. 1. t. 8. r. 83.: si quis in studiis sustentatus sit Doctor possitque lucrari et alii secus: imo pater id, quod habet supra partes legitimas filiis debitas, potest de rigore relinquere extraneo. Trull. c. 13. d. 19. Bonac. Dian. p. 1. t. 8. r. 83. 3. Liberos naturales, nisi legitimati sint, respectu patris non esse heredes necessarios, respectu tamen matris esse idque aequali iure cum legitimis. Quod si tamen pater liberis caret, naturales potest instituere heredes, modo parentes superstites legitima portione non priventur. 4. Fratrem et sororem tunc tantum posse infirmare testamen-

tum, si persona infamis instituta sit. Laym. l. c. n. 12. 13. Vid. Bon. d. 3. *de Contr.* q. ult. p. 3. 5. Patrem non posse expensas factas pro filio in studiis literarum repetere, siquidem eas liberaliter fecit vel donavit; secus si habuit animum repetendi et computandi in legitimam. Quod si pater non repetiit, quando potuit, non tenetur filius, eo mortuo, in divisione conferre in commune; quia praesumi potest liberaliter factas vel condonatas, nisi aliunde constet contrarium. Azor. Villalob. Trull. t. 1. l. 4. cap. 1. d. 3. V. supra. c. 2. d. 2. *de donatione.*

836. Duo praecipue heic tangit A., rupturam testamenti et collationem bonorum ab heredibus faciendam. De hoc altero, quod et in successione ab intestato valet, dicemus paulo post: de priore heic aliquid dicendum. In iure romano aliud est, testamentum ab initio esse invalidum seu nullum: aliud, testamentum ab initio valens, postea infirmari. Nullum erat testamentum debitis sollemnitatibus carens ac testamentum, in quo filius exsistens praeteritus fuerit, h. e. neque heres neque exheres factus esset. Inst. h. 2. tit. 13. ab initio. Infirmabatur vel ipso iure vel sententia iudicis. Ipso iure si post testamentum conditum filius sive heres nascebatur, postumi scilicet nativitate: postumus enim erat, qui posterior nascebatur, sive adhuc vivo sive mortuo patre idemque valebat, si filio mortuo, qui reliquit prolem, haec post testamenti factionem, in illius locum succedebat ibid. tit. 13. §. 1.

Si tamen postumus moritur, vivo adhuc patre, testamentum reconvalescit l. *Postumus* Dig. *de Iniusto, rupto, irrito facto testamento.* Item infirmatur testamentum, si post eius factionem, testator personam aliam sui iuris adoptabat; perinde enim erat ac si ei filius nasceretur ibid. tit. 17. §. 1.: pariter si novum validum condebat testamentum, prius ipso iure nullum erat, cum duplex esse testamentum nequiret; qua de re iam alibi diximus n. 717. 2.: rursus si qui testatus erat, capite minueretur ibid. §. 4. In postremo casu irritum fieri testamentum dicebatur, in prioribus rumpi: sed et promiscue utraque formula adhiberi poterat ibid. §. 5. Per sententiam iudicis infirmabantur testamenta inofficiosa ibid. tit. 18.

Rupto autem vel irritato testamento, locus erat successioni ab intestato Init. l. 1. tit. 1. « Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est aut si ex eo nemo heres exstiterit ».

837. In iure italico revocatur ipso iure testamentaria dispositio sive sub titulo universali (institutio heredis) sive sub titulo particulari (legatum), ab eo facta, qui cum testamentum conderet aut carebat filiis seu descendentibus aut se eos habere ignorabat, si exsistat vel superveniat filius vel descendens legitimus testatoris, etsi postumus aut legitimatus aut adoptivus. Quae revocatio non impeditur ex eo, quod filius legitimus natus post testamentum, iam tempore testamenti conceptus fuerit neque

ex eo quod filius naturalis ante testamentum a patre recognitus fuerit, si post testamentum legitimatus art. 888.

Non habet tamen locum haec revocatio, si testator cogitans posse dein filios exsistere aut apparere, ipsis providit ibid. §. 2.

Talis revocatio non est prorsus absoluta; si enim qui advenerunt filii aut descendentes moriantur, vivo adhuc testatore, dispositio testamentaria illa effectum suum nanciscitur art. 889.

Quaelibet alienatio a testatore facta sive ex toto sive ex parte rei legatae etiam per venditionem cum pacto retrovenditionis, revocat legatum quoad illud, quoad alienatum fuit: quamvis alienatio sit nulla aut res redeat in possessionem testatoris art. 892. Ita et C. G. art. 1038. Idemque valet si testator rem legatam ita transformaverit, ut praecedentem formam et denominationem amiserit. C. It. art. 892. §. 1.

838. Adverte quod cum testamentum irritum est eo quod filius praeteritus sit vel absque indicata causa exheredatus, institutio quidem heredis nulla censetur, quoad cetera vero valet. Ita ex Authentica *Ex causa* C. *de liberis praeteritis*. Idcirco legata in eo relicta valent.

Haec certissima sunt, ait Sanchez *Consil.* l. 4. c. 1. d. 25. n. 2., quando pater scienter praeteriit aut exheredavit filium sine causa. Habetur scilicet ratio voluntatis eius, qui certe voluit sciens quid ageret, legata legatariis obvenire. Quid vero si ignorans praeteriit, eo quod e. gr. dum obiit, ignorabat uxorem esse gravidam? Etsi quidam putent legata in eius testamento relicta valere, ipse probabilius censet eique consentit Lugo n. 52., legata fieri caduca. Nam donatio, superveniente filio, revocatur (de Contract. n. 168. seqq.): porro legatum est donatio quaedam, imo minus firma, quam donatio proprie dicta; quia est per se semper revocabilis. Nec praesumi potest voluntas testatoris; nam si id praevidisset, probabilissime non legasset. Atque id verum esse, ait idem Sanchez ibid. n. 5., etiam in legatis piis.

Excipitur tamen, si legatum sive pium sive profanum sit parvi momenti; nam revocatio legati est ex praesumpta voluntate testatoris: atqui non praesumitur revocaturus exiguam (utique relative) donationem, si scivisset filium se habere. Ibid. n. 6.

Eodem pacto loquendum de legatis relictis in testamento, quod rumpatur *adoptione*. Schmalzg. *de Testamentis* n. 175.

839. At si testamentum sit invalidum, deficiente ipso, corruunt et legata l. *Ex testamento* C. *de Fideicommissis:* exceptis legatis piis, ut iam diximus.

840. Ait A. peccare parentes, si absque iusta causa ex inordinato affectu erga liberos, successionis inaequalitatem inter eos instituant. Profecto actus absque iusta causa et ab affectu inordinato procedens nequit

non esse malus: sed quaestio esse potest de qualitate et gravitate peccati. Peccatum non est contra iustitiam; quia, ut supponimus, partem assis debitam (ex lege) filiis ita inter eos distribuit ut singulis det quod eis debetur, liberaliter tantum se gerens erga aliquem ex ea parte assis, de qua pater iure disponere potest. Sed si sine iusta causa fiat, peccatum erit contra pietatem, quam parens filiis debet et si praevideantur secuturae dissentiones, rixae, inimicitiae, peccatum erit cooperationis ad haec peccata.

Porro si inordinatus affectus patris sit odium, quo aliquem filium prosequitur, peccatum erit per se grave eoque gravius, quod pietati quoque adversatur.

De his, quae nn. 3. et 4. habet A. iam superius disputatum est.

Articulus VII.

De successione ab intestato.

CCXXVIII. Quaeres 3. Qui heredes succedant ab intestato, aut testamento rupto vel irrito?

Resp. 1. Ante omnes alios patri succedere legitimos liberos et in demortuorum locum nepotes. 2. Deficientibus descendentibus, patrem et matrem defuncti et in eorum locum avos et avias. 3. His quoque deficientibus, fratres et sorores ex utraque parte coniunctos idque aequis portionibus, exclusis iis, qui ex solo patre vel matre coniuncti sunt. 4. Si ex fratribus vel sororibus utrinque coniunctis unus mortuus liberos reliquerit, succedunt hi loco parentis sui cum patruis, non in capita, sed in stirpes. Si tamen fratres et sorores utrinque coniuncti omnes mortui sunt, tunc eorum liberi, exclusis patruis ex una tantum parte coniunctis, non in stirpes, sed capita adeoque aequis portionibus succedunt: quia duorum fratrum filii, non suorum parentum loco, sed iure propriae coniunctionis succedunt. Cum ergo aequaliter iuncti sint, aequales etiam in portione hereditatis esse debent. 5. Deficientibus fratribus et sororibus utrinque coniunctis eorumque liberis, succedunt fratres et sorores, ex una tantum parte coniuncti: hoc tamen discrimine, ut, qui ex parte patris sunt iuncti, succedant in bona a parte provenientia, in reliquis aequaliter omnes. 6. Si fratres et sorores eorumque filii deficiant, succedunt propinquiores collaterales, usque ad decimum gradum et fit talis successio in capita, nulla habita ratione, an ex altera parte, an ex utraque sint coniuncti. 7. In horum defectu, succedit uxor et denique in illius morte, fiscus secularis in bonis omnibus laici ab intestato defuncti: fiscus autem Ecclesiasticus in bonis Clerici. Laym. c. 6. n. 1. 2. 3. et 4.

His adde. Si uxor, susceptis ex priori marito liberis, ad secundas nuptias transiit, quidquid a priore marito donatione aut testamento acquisivit, eiusdem matrimonii liberis cedere. Similiter, si maritus alteram uxorem ducat.

841. Si moriens testamentum non fecerit, aut invalidum sit aut infirmetur aut valido exsistente, heres esse nequeat aut nolit, qui institutus fuit: tunc deficiente dispositione defuncti, subintrat ea, quae a lege statuta est ac vocantur ad successionem in bonis defuncti legitimi heredes, qui scilicet a lege definiti sunt, ut bona defuncti obtineant. Si tamen te-

stamentum infirmatum solum fuerit quoad institutionem heredis, valentibus adhuc legatis, haec deducenda erunt a summa bonorum, in quibus legitimi heredes succedunt.

842. Ordo successionis ab intestato, iuxta ius romanum, ille est, quem A. describit.

Qua in re adverte, in ordine successionis 1° feminas maribus esse aequiparatas: 2° agnatis quoque, qui per masculi personam familiae uniuntur, sive qui idem nomen familiae gerunt, aequatos esse cognatos, qui per feminae personam uniuntur familiae, cuius nomen non gerunt: ut idcirco non discriminis sexus aut agnationis ratio sit habenda, sed proximitatis graduum, etsi hoc pacto bona a familia in familiam transeant. Ita Iustinianus Authentica *de Heredibus ab intestato* etc. vetus Romanorum ius pessumdans, propter feminarum amorem. Cf. n. 799. 3° In descendentium ordine proximiores non excludere remotiores, nisi illi omnes supersint: e. gr. filium non excludere nepotem fratris sui praemortui; nepos enim, iure repraesentationis, locum patris sui obtinet et si plures defunctus frater reliquit filios, ii omnes una patrem suum repraesentant. 4° In ascendentium ordine proximiorem, etsi unus sit, pater aut mater, avus aut avia, excludere remotiores: quod si plures sint eodem gradu proximi, ut pater et mater, avus et avia tum ex parte patris tum ex parte matris, inter se aeque dividere portionem, quae ascendentibus competit. 5. In portione ascendentibus tribuenda, rationem non haberi originis bonorum, ut e. gr. avus maternus accipiat quae defunctus a matre seu per matrem accepit, avus paternus, quae defuncto ex patris linea derivarunt: sed hoc discrimine insuper habito, bona descendentis, cuiuscumque sint originis, pro sua parte proximioribus ascendentibus tribui. Sane Iustinianus in cit. *Novella* nullam mentionem facit huius discriminis ratione originis. Cf. Lugo n. 182. et sic dispersio bonorum in familias extraneas magis promovetur. 6° Cum fratres una cum ascendentibus succedunt, locum non esse repraesentationi eius, qui defunctus sit, ut e. gr. pro fratre mortuo, eius filii succedant, nam lex loquitur tantum de fratribus et sororibus, qui exstent cit. *Novella* c. 2. et communem hanc esse interpretationem ait Lugo n. 179. 7° Quod addit A. de uxore alias ineunte nuptias et prolem ex priore coniugio relinquente, innititur l. *Feminae* C. *de secundis nuptiis*. « Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas, post tempus luctus statutum, transierint nuptias, quidquid a facultatibus priorum maritorum, sponsalium iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate perceperint aut quidquid mortis causa donationibus factis aut testamento iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis, ut dictum est, priorum maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint, integrum ad filios,

quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant... atque habeant potestatem possidendi tantum (atque fruendi) in diem vitae, non etiam alienandi facultate concessa ». Lex est Gratiani, Valentiniani et Theodosii, qua christiani principes statui favent viduitatis.

Illud etiam advertendum, quod in iure romano supputatio graduum proximitatis eadem est ac in iure canonico quoad lineas directas ascendentium et descendentium: quoad lineas vero collaterales differt ab ea, quam ius canonicum adoptavit: tot scilicet numerantur gradus, quot personae sunt in utraque linea, dempto stipite; ut idcirco fratres, qui iure canonico sunt in primo gradu, sint iure romano, in secundo gradu consanguinitatis inter se: filius fratris et patruus in tertio et ita porro. Hanc rationem computandi sequitur ius quoque Gallicum et Italicum.

Una scilicet eademque semper est regula tam pro linea recta, quam pro obliqua, ut tot sint gradus, quot personae, dempto stipite. In iure autem canonico distantia a stipite consideratur et per eam gradus distinguuntur: quod magis philosophicum videtur.

843. In iure Gallico succedunt 1° descendentes defuncti nullo gradu excluso et succedunt absque ulla praerogativa sexus aut primogeniturae et etiamsi ex differentibus coniugiis parens defunctus eos susceperit. Porro descendentes defuncti excludunt ceteros a successione.

Succedunt autem aequis portionibus et in capita descendentes, si omnes sint in primo gradu et ratione sui vocentur: succedunt in stirpes, cum omnes aut pars eorum iure repraesentationis appellantur art. 745. coll. art. 746. 750.

Ita et C. It. art. 736. qui, cum legitimorum filiorum nomine veniant quoque legitimati et adoptivi eorumque descendentes (n. 790.), monet adoptatos eorumque descendentes succedere quidem adoptanti cum filiis legitimis, at excludi a successione omnium coniunctorum adoptantis.

2° Deficientibus descendentibus, si defunctus praeterea neque fratres aut sorores reliquit neque ex his descendentes, tunc ascendentes succedunt hoc pacto. In duas partes aequales dividitur hereditas, dimidium spectat ad ascendentes lineae paternae, alterum dimidium ad ascendentes lineae maternae. Ascendens proximiorem occupans gradum portionem integram accipit suae lineae debitam, exclusis ceteris. Si autem ascendentes in eadem linea sint in pari gradu, ut avus et avia, dividunt sibi ex aequo portionem C. G. art. 746.

Nulla idcirco ratio habetur naturae et originis bonorum in dirhibenda hereditate ascendentibus art. 732. Ita et c. It. art. 739.

Ascendentes etiam, ceteris legitimis heredibus exclusis, succedunt eorum descendentibus, mortuis sine posteritate, in iis bonis, quae ipsi iisdem

descendentibus donarunt: si autem haec bona alienata fuerint, eorum pretium ascendentes consequuntur. C. G. art. 747.

3° Si defunctus sine prole reliquit tum genitores tum fratres aut sorores vel eorum descendentes, tunc divisa in duas aequas partes hereditate, portio altera spectat ad patrem et matrem, quam inter se dividunt, altera ad fratres et sorores, quam ex aequo inter se dividunt, si ex eodem thoro nati sunt, aliter, si ex diverso thoro. C. G. art. 748. coll. 752.

In C. It. fratres sororesve *consanguinei* aut *uterini*, succedunt et ipsi, sed sive concurrant cum *germanis*, sive secus, dimidium portionis obtinent, quae ad hos spectat, art. 740. §. 1.

Si vero alteruter solum ex genitoribus superstes sit, portio fratrum, sororum horumve descendentium est dodrans: quarta tantum parte parenti superstiti relicta. 751.

In C. It. haec pars nequit esse minor triente, art. cit.

4° Si defunctus sine prole neque patrem neque matrem reliquit, vocantur ad successionem, ceteris ascendentibus et coniunctis exclusis, fratres eius sororesque eorumque descendentes. C. G. art. 750. Ita C. It. art. 741. idem ac superius (n. 3.) statuens de fratribus consanguineis aut uterinis ibid. §. 1.

5° Si defunctus sine prole nullos fratres sororesve aut eorum descendentes reliquit et si alterutrius lineae ascendentes desint, dimidium hereditatis defertur ascendentibus superstitibus, alterum dimidium proximioribus coniunctis alterius lineae. Si tamen inter superstites ascendentes sit pater aut mater, hi ius habent ad usumfructum trientis bonorum, in quibus non succedunt. C. G. artt. 753. 754.

In C. It. Si quis neque prolem neque genitores neque ascendentes alios neque fratres sororesve reliquit, successio devolvitur ad coniunctum seu coniunctos viciniores, absque discrimine lineae paternae aut maternae, art. 742.

6° Coniuncti ultra 12^m^ gradum in C. G. non succedunt. Deficientibus idcirco in aliqua linea coniunctis intra 12^m^ gradum, coniuncti alterius lineae totam occupant hereditatem, art. 755.

In iure ital. ultra 10^m^ gradum successio non protenditur, art. 742. §. 1.

7° Sed habenda est quoque ratio filiorum naturalium, quos parens defunctus legaliter recognoverit.

In iure Gallico hi, exsistentibus legitimis filiis, ius habent ad tertiam partem portionis, quam obtinuissent, si essent legitimi: ad dimidium eius portionis, si nulli sint descendentes legitimi, at sint ascendentes aut fratres vel sorores: ad dodrantem, si et hi omnes desint. Si vero praeterea nullus sit coniunctus, qui iure successionis potiatur, tota hereditas iis devolvitur, artt. 757. 758.

In iure It. filii naturales legaliter recogniti, exsistentibus descendentibus aut ascendentibus legitimis, ius habent ad dimidium portionis, quam reciperent, si essent legitimi art. 744. Si parens sine prole legitima eiusque descendentibus decedat, relinquat autem genitores suos aut alterutrum ex eis, aut alium ascendentem aut coniugem, filii naturales succedunt in duplici triente hereditatis, reliquo devoluto ad ascendentes aut coniugem art. 745. Si autem una sint ascendentes et coniux, detrahitur tertia hereditatis pars pro ascendentibus, exinde quarta pro coniuge: quod restat, spectat ad filios naturales art. cit. §. 1. Si nulli sint legitimi descendentes, ascendentes nec coniux, tota hereditas devolvitur ad filios naturales art. 747.

Ab huiusmodi beneficiis excluduntur nati ex adulterio aut incestu, quibus sola alimenta conceduntur. C. G. art. 762.

Ita et C. It. quoad eos filios naturales, quos lex non permittit a parentibus recognosci art. 752. Sunt autem qui ex adulterio aut incestu nati sunt art. 180.

8° Tandem ex iure Gall. deficientibus omnibus coniunctis intra 12. gradum, vocatur ad successionem coniux defuncti, dummodo inter eos divortium non exstiterit art. 767.

Melior est conditio coniugis in iure italico. Coniux enim superstes ius habet ad usum fructum certae portionis si adsit proles; quae portio nequit esse maior quarta parte art. 753.: deficiente legitima prole, si sint ascendentes aut filii naturales aut fratres sororesve eorumve descendentes, devolvitur coniugi superstiti in proprietatem triens hereditatis: si vero simul una sint ascendentes legitimi et filii naturales, solum quadrans, art. 754.

Si defunctus reliquerit alios propinquos, quibus ius sit succedendi; coniux superstes obtinet duos trientes art. 755.

Si desint coniuncti, qui ius habent succedendi intra sextum gradum, integra hereditas coniugi superstiti devolvitur art. 755. §. 1.

9° Deficientibus omnibus, qui ius habent succedendi atque coniuge, succedit Fiscus C. G. art. 768. C. It. art. 758.

Articulus VIII.

De aditione hereditatis, inventario et collatione.

CCXXIX. Adde. Heredem adeundo haereditatem, non commoda tantum et iura, sed etiam debita et onera realia defuncti in se transferre. Interim tamen duplici beneficio gaudere. 1. Ut supra vires hereditatis non obligetur. 2. Quod deductis expensis funeris et solutis debitis, quartam partem hereditatis obtinere debeat heres vel heredes et si eam non habent, legatis, non tamen piis, ut notat. Trul. l. 7. t. 18. d. 12. ex *Authent. Similiter C. ad legem Falc.* detrahere possunt, beneficio legis Falc. Laym. l. 3. t. 5. c. 6. n. 7. Sanch. l. 4. c. 15. Ut autem hoc beneficio frui possit heres, conficere tenetur inventarium, tametsi hanc obligationem testator possit remittere, respectu legatariorum et fideicommissariorum, quibus ex mera liberalitate aliquid relinquit, non tamen respectu

creditorum, quibus praeiudicare non potest. Universim enim ab onere inventarii et a rationibus reddendis eos, quibus potest relinquere bona, sine onere dandi partem aliis, potest liberare iisque concedere, ut eorum dictis, vel iuramento stetur. Mol. C. de Lugo d. 34. s. 8. n. 236.

844. Postquam facta est suis quoque heredibus (n. 796.) facultas deliberandi, an suscipere necne vellent hereditatem, quilibet (excepto servo) heres non erat, nisi vellet. Oportebat ergo libere acceptare delatam sive ex testamento sive ab intestato hereditatem: quae acceptatio tum verbis, tum factis poterat declarari. Acceptatio verbis declarata dicebatur *aditio, hereditatem adire* (quamvis suus heres potius *se immiscere* hereditati suae vel eam *retinere* diceretur): acceptatio declarata factis appellabatur *pro herede gestio, pro herede gerere,* cum nempe qui sciens se a defuncto heredem institutum, ea gereret, quae propria sunt heredis et quidem animo et voluntate heredis. Illa erat acceptatio *expressa,* haec *tacita.* Frequenter tamen apud iurisperitos *aditio* utrumque valet et *adire hereditatem* est hereditatem acceptare. Nulla praescripta formula opus erat, sed voluntate exterius declarata acceptabatur hereditas eodemque pacto repudiabatur. Inst. l. 2. tit. 19. §. 6.

Qui vero semel acceptasset, repudiare amplius non poterat, nisi minor, cui beneficium restitutionis in integrum concederetur ibid. §. 5. l. *Sicut* C. *de Repudianda heredit.* Aditio sub conditione, puta, si debita non excedant, nulla erat, sed pure adeunda erat hereditas l. *Eum. qui* §. 2. Dig. *de acquir. hered.* Adita hereditate, statim, absque apprehensione aut traditione, acquirebatur eius dominium, non vero possessio l. *Cum heredes* Dig. *de Acquir. posses.:* quod dominium a morte testatoris cepisse censebatur l. *Heres* Dig. *de Acquir. hered.*

Aditio necessaria erat, ut ius in re acquireretur, ante eam ius ad rem manebat, sive ius adeundi, quod praescriptione 30. annorum abolebatur l. 9. C. *de Iure deliberandi.*

In iure Ital. is, cui delata est hereditas, si antequam acceptat expresse vel tacite, moriatur, transmittit ad suos heredes ius acceptandi, quod ius eliditur praescriptione ea tantum, quae est triginta annorum artt. 939. 943. Cf. C. G. artt. 781. 789.

845. Iure antiquo heres succedebat in omnia debita et obligationes defuncti erga eius creditores, ut teneretur iis satisfacere, cum vires hereditatis excederent, ex propriis facultatibus et pro iisdem posset in carcerem detrudi, non secus ac suus antecessor, quamvis et tunc erga legatarios non teneretur ultra vires hereditatis. Cf. Molina disp. 216. n. 2. Hinc frequentia heredum imprudentum detrimenta et frequentiores hereditatum, quarum conditio perspicua non erat, repudiationes. His malis subventum est primo facta heredibus potestate deliberandi ante aditio-

nem, tum a Iustiniano beneficio *Inventarii* conficiendi omnium bonorum et iurium defuncti sive testati sive intestati; quod inventarium intra certum tempus et certa sollemnitate faciendum erat l. *Scimus* C. *de Iure deliberandi.*

Commoda inventarii haec erant. 1° Heres nec creditoribus nec legatariis ultra vires hereditatis tenebatur.

2° Poterat detrahere Falcidiam a legatis, si sibi non supererat quarta pars bonorum relictorum.

3° Non confundebantur sua bona cum bonis defuncti, imo si quas actiones adversum ipsum habuisset, hae intactae manebant ac poterat is sibi solvere ex bonis defuncti non secus ac aliis creditoribus.

4° Si quid ex bonis defuncti periisset, absque sua culpa, id creditoribus et legatariis peribat.

5° Deducebat impensas funeris et quod expensum esset in confectione inventarii, ut ex reliquo tantum teneretur satisfacere obligationibus hereditatis. Cf. Molina disp. cit. nn. 5. seqq. qui et alia commoda enumerat.

Qui inventarium non confecisset, his privilegiis non gaudebat; sed secundum ius antiquum de eo sententia ferebatur. Imo eum coegit Iustinianus ad legata quoque solvenda quae essent ultra vires hereditatis Authentica *de Heredibus et Falcidia* c. 2. §. 2.

846. Ait A. posse testatorem remittere heredi onus conficiendi inventarii, respectu legatariorum et fideicommissariorum; quae remissio huc redit, ut quamvis inventarium non confecerit, heres eodem privilegio gaudeat, ac si confecisset, ut nempe non teneatur illis solvere praeter vires hereditatis. Cum legata et fideicommissa etiam universalia a gratia testatoris proficiscantur, est profecto in huius potestate hoc pacto eadem temperare et favere heredi.

Respectu autem creditorum, quibus ex iustitia testator est obligatus, nequit is remittere heredi inventarium, ut, etiamsi illud heres non conficiat, non teneatur creditoribus ultra ea, quae in hereditate comparent: sic enim praeiudicium creditoribus inferret, dolo favens heredis. Haec est sententia communis, ait Molina disp. 219. n. 1.

847. Ex dictis sponte oritur quaestio, an heres, qui inventarium non fecit aut non fecit debito modo, teneatur in conscientia erga creditores et legatarios etiam ultra vires hereditatis idemque potest quaeri de exsecutore universali.

Si dolo malo omisit, certum est eum teneri, quatenus damni, saltem in confuso praevisi, causa fuit. Si vero sola negligentia in causa fuit, disputant DD. Communior sententia, teste Molina disp. 217. n. 7. et 12. atque Lugo disp. cit. n. 232., absolvit ab ista obligatione negligentes. Ratio est, quia lex, aiunt, fundatur in praesumptione fraudis: ubi ergo

fraus absit, nullam vim in conscientia exerit. Lugo concedit doctrinam hanc probabilem esse, affirmat tamen sibi magis placere sententiam, quam post Covarruvia defendit Molina disp. cit.

Scilicet distinctione facta inter creditores et legatarios, contendit Molina, talem heredem non teneri, ultra vires hereditatis, erga legatarios, in conscientia, ante sententiam iudicis; quia haec obligatio, quae antea non exstabat, adiecta est a Iustiniano *in poenam* neglecti beneficii a se collati, cuiusmodi est confectio inventarii: teneri autem erga creditores. Quia, si inventarium non fiat, conditio heredis in eo statu est, in quo erat, antequam concederetur beneficium inventarii. Porro in eo statu heres iuxta romanum ius vetus, tenebatur creditoribus etiam praeter hereditatis vires, non in poenam, non propter praesumptionem fraudis, sed ex quasi contractu, eo ipso quod adivit hereditatem idque ob bonum publicum statutum est, ad praecidendas lites. Id porro allatis textibus iuris satis Molina demonstrat, si Lugo credimus.

Porro advertimus 1° obligationem heredis erga creditores, in iure romano, non esse proprie ex quasi contractu et facto heredis adeuntis hereditatem; talis sane est obligatio eiusdem erga legatarios cf. dicta praec. C. n. 560.: sed esse ex contractu et facto ipso defuncti, qui obligatus erat creditoribus et suam obligationem in heredem transfert. Quia ergo heres in omnia iura et obligationes defuncti succedebat et hoc erat esse heredem, sequebatur ipsum teneri ad omnia defuncti debita solvenda, quantacumque esset acceptorum bonorum summa idque non in poenam aut propter doli praesumptionem, sed propter ipsam naturam heredis. Ista obligatio heredis temperata non est, nisi conditione expleta confecti inventarii: si haec conditio desit, manet integra obligatio heredis, ex eius natura orta, quod est esse heredem. Argumentum ergo Molina satis idoneum est. Advertimus 2° argumentationem eius inniti dispositioni et sensui romani iuris, cuius textus interpretatur: ubi ergo aliud ius vigeat, vim suam per se illa amittit.

848. Ius modernum quoque, negans quemquam cogi ad acceptandam hereditatem, cuius tamen abdicatio non praesumitur, sed probanda est: statuit acceptari eam posse *pure* vel *sub beneficio inventarii* C. Gallico artt. 774. 775. 784. C. It. art. 929. 944. Identidem confectio inventarii necessaria est ex lege, ut in hereditate devoluta minori C. G. art. 776. §. 1. coll. art. 461. C. It. art. 930. item quoad hereditates devolutas communitati alicui C. It. art. 932. Heres autem uti potest beneficio inventarii, non obstante qualibet interdictione testatoris C. It. art. 956.

Porro commoda inventarii (quod intra certum tempus et certa sollemnitate conficiendum est C. G. artt. 793. seqq. C. It. artt. 955. seqq.) haec duo sunt. 1° Non tenetur heres solvere debita hereditaria et legata ultra

vires bonorum, quae ad ipsum pervenerunt et potest se ab onere solvendi eximere, cedens omnia bona hereditatis creditoribus et legatariis.

2° Bona heredis non confunduntur cum bonis hereditatis ac servat heres adversus hereditatem ius exigendi solutionem suorum creditorum. C. G. art. 802. C. It. art. 968.

Praeterea heres gaudens beneficio inventarii, in administratione sibi concredita, non tenetur nisi ob culpam gravem. C. G. art. 804. C. It. art. 970.

In foro utique externo his privilegiis caret, qui inventarium omisit: sed in foro conscientiae, absente dolo, non est, cur quis obligetur ad solvendum creditoribus ultra vires hereditatis, ante sententiam iudicis; credere enim licet, legem negantem haec beneficia ei, qui inventarium omisit, in praesumptione fraudis fundari. Ceterum in praxi rarissime continget, ut, dum heredis interest, omittatur inventarium.

849. Nota, in sententia Molina, obligante in conscientia heredem, qui inventarium omisit, ad solvendum creditoribus ultra vires quoque hereditatis, obligationem istam inesse quoque ecclesiis et causis piis, quae instituantur heredes. Molina disp. cit. n. 3. quod et probat Lugo disp. cit. n. 232.

850. Antequam, si plures sunt heredes, bona hereditatis distribuantur inter eos, collatio facienda est. De hac re iam aliquid praeoccupavit A. heic. c. II. dub. II. resol. 5. et 6. Definitur collatio *allatio in communem parentis acervum, ex quo legitime debetur, eorum bonorum profectitiorum, quae afferentis effecta erant, ut cum aliis tanquam heres in eo succedat.* Ita Molina disp. 237. n. 1.

Ex qua definitione haec constant: 1° collationem locum habere, cum heredes sunt descendentes, non vero ascendentes aut collaterales. Haec est communis doctrina, ait Lugo n. 195. Ita et C. It. art. 1004. §. 1. Sane quis non praesumitur quid dedisse ascendentibus suis aut fratribus, ut in eorum legitima illud post mortem suam computari debeat et quidem non ascendentibus; quia ordinarie ii praemori solent filiis: non collateralibus; quia iis ex testamento nihil debetur, exsistentibus filiis. Si tamen donatio his facta fuerit excessiva, licebit filiis petere ut revocetur tanquam inofficiosa.

Ita quoque C. It. filios et descendentes coheredes solum vult conferre suis coheredibus, non legatariis aut creditoribus hereditatis artt. 1001. 1004. 1014. C. vero G. generatim cuilibet heredi hanc obligationem imponit, art. 843.

Constat 2° quod si descendens hereditati renuntiet seu nolit esse heres, non tenetur conferre; est enim haec obligatio heredum seu coheredum. Ita et C. It. art. 1003.

Constat 3° collationem faciendam esse tantummodo bonorum profectitiorum seu quae cum essent parentis ab eo accepta sunt, non castrensium aut quasi castrensium vel adventitiorum. Bona ergo conferenda sunt ea quae dono accepta sunt a parente defuncto.

Ita C. It. conferendas statuit donationes sive directas sive indirectas art. 1001.

851. Nihilominus non quaelibet donatio nec quidquid filius a patre accepit, conferendum est. Et in primis, si donans eo animo dedit, ut non conferretur et eius voluntas cognoscitur, id in collationem non venit: quemadmodum et C. It. decernit, subdens in art. 1001. « excepto casu, quod donans aliter disposuerit ». Id tamen non impedit, quominus coheredes, si donatio inofficiosa fuerit, petere possint eius revocationem. Nam pater ex parte suorum bonorum, de qua libere disponere ei licet, potest donationes facere cui velit, etiam extraneo: at si donationes eam partem excedant, reducendas esse constat. Cf. heic de Donatione nn. 173.-181.

Quando autem expressa non exstat voluntas donantis, praesumptioni locus est vel speciali dispositioni legis. Haec autem regula a doctoribus tradi solet: Donata *ob causam* eo animo donata censeantur, ut postea conferantur: donata simpliciter ex liberalitate, nequaquam. Porro donata ob causam dicuntur, quae filio dantur ad aliquid ei necessarium vel utile, ex. gr. in dotem, in patrimonium ordinationis etc.

Huiusmodi conferenda esse liquet ex l. Authentica. *Ex testamento* C. *de Collationibus*. Praesumitur haec scilicet pater dare eo quod filio debentur, idcirco tanquam ea, quae ad ipsum iure successionis spectant. Secus est, cum ex liberalitate donat: cum hac enim recte componitur praesumptio, quod nolit ea conferri.

C. It. art. 1004. praesumit factas cum dispensatione a collatione, donationes ascendentium factas descendenti heredis. Item art. 1006. donationes factae in favorem eius, qui vel quae sit coniux descendentis, praesumuntur factae cum dispensatione a collatione.

852. Hactenus tamen regula haud est clara; nam in praxi aegre applicabitur et prior certe, nisi distinctius proponatur, plerumque falsa invenietur. Sane sunt quaedam necessaria, quae pater ex munere suo dare debet, ut alimenta h. e. victum, vestitum, habitationem, educationem, studiorum commoditatem: huiusmodi non censentur inter ea quae dicuntur donata ob causam: oportet ergo ut donata ob causam sint donata ob *causam contingentem*, quam patris officium erga omnes pariter filios non requirit.

Ita et C. It. art. 1009. negat conferendas esse expensas factas pro sustentatione, educatione, instructione et ordinarias pro decenti vestitu atque ornatu, nuptiis et consuetis donis.

Idcirco expensae factae pro studiis, libris, gradibus academicis non sunt conferendae: s. Alphonsus cum communi n. 955. Quidam excipiunt, nisi pater habuerit bona filii, ex quibus praesumatur ipsum aluisse, sed tunc si filius ex suo se aluit, quid conferendum est? Scilicet volunt expensas, quas pater forte ex suis bonis subministraverit, detrahendas esse ex bonis filii easque in communem acervum conferendas. Sed hac in re leges et mores locorum praestat inspicere. Cf. Lugo n. 204.

853. Itaque, consentientibus DD., conferenda sunt, nisi donans contrarium voluerit, dos data filiae, patrimonium constitutum filio pro sacerdotio, expensae factae ad procurandum filio officium statumve et pro eius debitis solvendis, puta ex ludo. Ita certe in C. It. art. 1007.

854. Conferrene debet filius, quae clam surripuit a patre? In hac re proprie non est locus collationi; quia furto ablata non evaserunt propria filii: at oportet ea manifestari, ut innotescat quantum sit patrimonium patris aut filius minus sibi arrogare debet, ut alios coheredes servet indemnes. Nisi tamen quae ablata sunt, fuerint parvi momenti, ut pater probabiliter censeatur fuisse remissurus.

855. Ea vero, quae filius accepta a patre male absumpsit, debetne conferre? Lugo distinguit n. 213. Vel filius absumens invincibiliter ignoravit aut invincibiliter non advertit, se id faciendo damnum inferre patri et sic peccare contra iustitiam aut absumpta esse in suam legitimam portionem computanda: vel scivit et advertit. Si prius, concedit teneri ad collationem, quatenus factus sit locupletior, ut conferat id quod adhuc habet: secus negat teneri, quamvis pater vel praesumptive non condonaverit. Nam, ait, ipse non est debitor patris ex re accepta, cum haec non exstet, neque ex iniusta laesione, cum supponamus, non peccasse contra iustitiam. Si alterum, concedit Lugo in communem sententiam DD. qui affirmant conferenda esse, nulla adhibita distinctione inter absumpta cum peccato et absumpta sine peccato. Nec sane apparet ratio, cur heic necessaria sit consideratio peccati et quidem peccati iniustitiae adversus patrem; nam non peccat filius accipiens patrimonium a patre, quod tamen conferre debet. Satis ergo esse videtur, si ipse habuerit et consumpserit id, quod, ex voluntate patris sive certa sive praesumpta, spectare debuisset ad eam summam, unde legitima filiorum sumenda esset. Sic sane filius, etsi non advertens, iam accepisset partem suae portionis, quam partem non potest amplius exigere: quod ergo ipsi loco eius datur, conferendum est. Cf. Lug. n. 218.

S. Alph. autem n. 957. affert doctores affirmantes debitum collationis, dummodo quae absumpta sunt, fuerint in magna quantitate et pater eas non remiserit: tum doctores negantes, modo filius plus male non consumpserit, quam pater contentus erat in eius sustentationem et honestas

recreationes expendi. Quibus limitationibus positis, ait s. Doctor, facile ambas sententias conciliari.

Si vero absque culpa filius accepta absumpsit, puta si casu interierint, patet non esse conferenda, cum nequeat praesumi talis voluntas patris nec deceat uni damnum imputari, qui culpa caret. Ita C. It. art. 1012. statuit, non esse obnoxium collationi immobile, quod fortuito et absque culpa donatarii perierit.

856. Addit s. Alph. n. 959. mobilia pretiosa, ut vestes, ornamenta etc. conferenda esse, nisi parentes expresse dispensaverint idque ex l. *Ut liberis* et l. *Illud* C. *de Collat.*

857. Tandem quod spectat ad donationes simplices ex pura liberalitate factas, advertunt DD. eas quoque conferendas esse, quando alius filius conferre debet donationes sibi factas ob causam. Cf. Lug. n. 216.: sed attendendae leges et mores cuiusque loci; cum praesertim, teste eodem Lugo, ius commune et DD. in hac re confuse loquantur.

858. Antequam bonorum divisio inter heredes necessarios fiat, ex iure It. artt. 821. 822. videndum est an dispositiones testamentariae pro extraneis excedant partem, de qua testator poterat disponere et si excessus appareat, ad eam reducendae erunt. Ut id fiat, summa conficitur omnium bonorum testatoris, quae exstant tempore eius mortis, deductis debitis. Idcirco per fictionem quandam uniuntur illi bona, de quibus testator disposuit titulo donationis, sive mobilia sive immobilia atque ita omnibus congestis decernitur quanta sit summa, de qua testator pro arbitrio potuit disponere.

ERRATA CORRIGENDA

Pag. 128. ad titulum *de Praescriptione* supple CAPUT V. et sic in seqq. paginarum vertice.

» 382. non Articulus VI. sed IV.

» 535. supple titulum: *Dubium* II *de Donatione,* ante n. XII.

» 187. l. 20. pro *a mercatore* lege *aut a mercatore.*

» 423. l. penult. pro postac lege postea.

» 470. l. ult. notae pro n. 689 lege 703.

» 640. pro pareat lege pereat.

» 814. l. 1. notae dele punctationem ; .

Cetera emendabit per se lector et condonabit.

Namque opere in longo fas est obrepere somnum.

INDEX

TRACTATUS VIII. — De Iustitia et Iure.

PARS I.

NOTIONES IUSTITIAE ET IURIS ET SPECIES IURIS IN RE.

PARS II.

DE VII. PRAECEPTO ET SPECIATIM DE FURTO ET RESTITUTIONE.

PARS III.

DE CONTRACTIBUS ET TESTAMENTIS

um morale. v. 3
13693

PONTIFICAL INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
59 QUEEN'S PARK CRESCENT
TORONTO—5, CANADA
13693